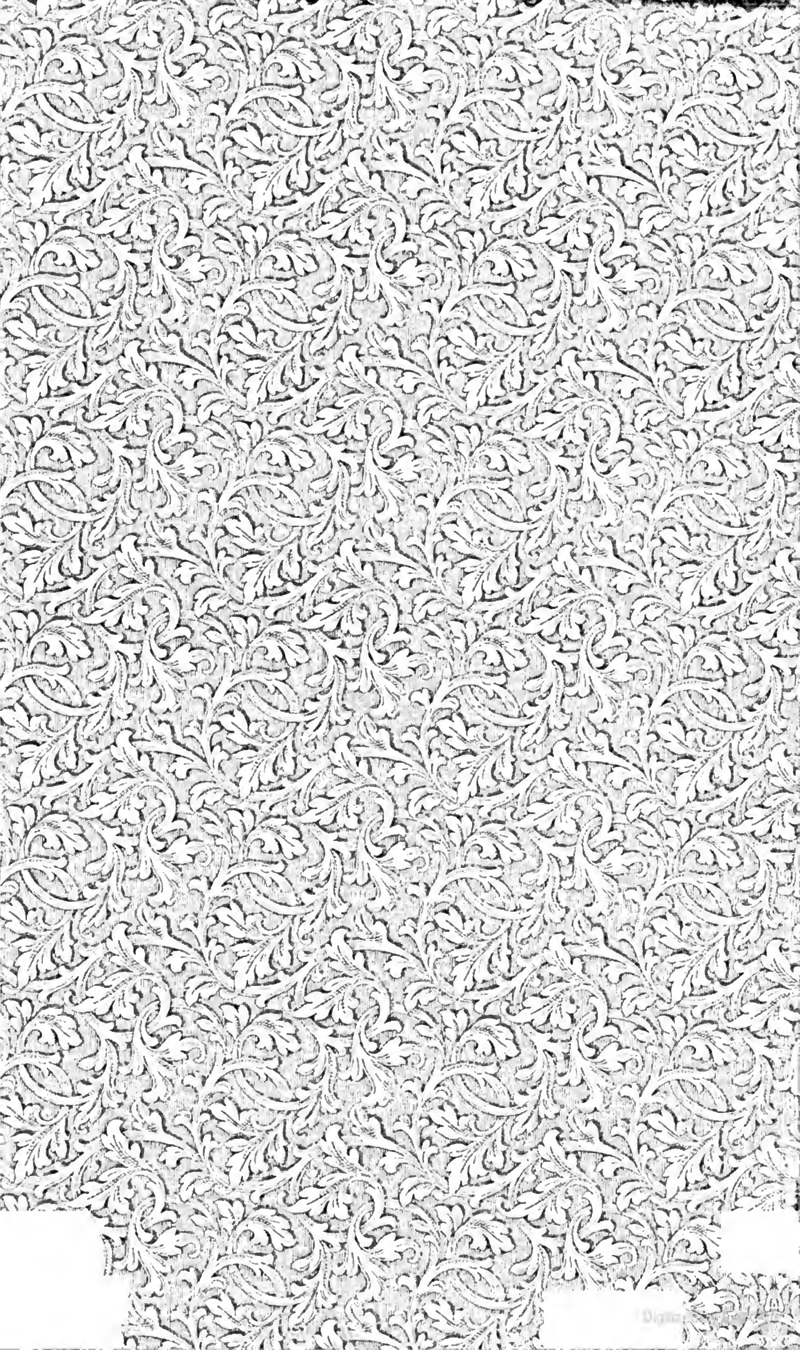




Germany

Das

Strafrecht in Norddeutschland

zur Zeit der Rechtsbücher.

Ein Beitrag

zur

Geschichte des deutschen Strafrechts

von

Dr. Richard Eduard John,

Professor der Rechte an der Universität Königsberg.

Erster Theil.

Leipzig,

Verlag von S. Hirzel.

1858.

Vorrede.

Auf die Darstellung der strafrechtlichen Zustände zur Zeit der Rechtsbücher ist, obwohl die Kenntniß derselben für das Verständniß des deutschen Strafrechts von der höchsten Wichtigkeit ist, noch nicht die Sorgfalt in der Literatur verwendet worden, welche die Bedeutsamkeit des Gegenstandes fordern darf. Ich glaubte daher eine Arbeit veröffentlichen zu dürfen, welche dem angedeuteten Mangel wenn auch nur mit Bezug auf einen beschränkten Quellenkreis abhelfen könnte. — Zu dieser Beschränkung, welche der Titel des Buches bezeichnet, wurde ich durch folgende Erwägung bestimmt.

Für eine wissenschaftliche Behandlung der Quellen kann es nicht genügen, die verschiedenen Bestimmungen der einzelnen Rechtsquellen über irgend ein kriminalistisches Institut neben einander zu stellen, sondern es ist erforderlich, den Grund, die entscheidende Rechtsanschauung, welche zu den einzelnen Bestimmungen führte, darzulegen. Zu befriedigenden Resultaten werden wir daher nur unter der Voraussetzung gelangen, wenn die zu behandelnden Quellen selbst, wenigstens der Hauptsache nach, von gleichen Grundanschauungen ausgehen. Bei den norddeutschen Rechtsquellen wird diese Voraussetzung wenigstens der Regel nach erfüllt; ebenso mögen die süddeutschen, für sich betrachtet, eine einheitliche Darstellung des Rechtssystems gestatten. Eine gleichzeitige Benutzung beider würde aber nur die Wahl lassen, entweder

die aus den süddeutschen Quellen gefundenen Resultate rein äußerlich neben die den norddeutschen entnommenen zu stellen — eine Arbeit, die nur geringe wissenschaftliche Befriedigung gewähren könnte — oder die ganze Periode der Rechtsbücher nur als einen Theil der wissenschaftlichen Darstellung aufzufassen, welche letztere dann die gesammte Entwickelungsgeschichte des gemeinrechtlichen Strafrechts bis zu ihrem Abschluß in der Carolina zu umfassen hätte.

So sehr es mein Wunsch ist, diese eben bezeichnete größere Arbeit zu liefern, so mochte ich dieselbe doch nicht unternehmen, ohne über meine Art zu arbeiten, über die Methode der Untersuchung, die Urtheile der Kundigen vernommen zu haben. Ich wollte durch diese Vorarbeit ein Werk liefern, welches die Wissenschaft des deutschen Strafrechts fördern, mir selbst die Fähigkeit, umfänglichere Arbeiten zu liefern, verschaffen möchte.

Hinsichtlich der benutzten Literatur habe ich noch zu bemerken, daß das neueste Werk von Hälschner — System des Preußischen Strafrechts, 1. Theil — nur noch für die letzten Bogen benutzt werden konnte, da beim Erscheinen desselben der größte Theil meiner Arbeit bereits zum Drucke abgegeben war.

Im August 1858.

Dr. Richard John.

Inhalt.

Erster Abschnitt.

Imputationslehre. S. 1—140.

Zweiter Abschnitt. S. 140—191.

Dritter Abschnitt.

Die Theilnahme am Verbrechen. S. 191—268.

Erster Abschnitt.

Imputationslehre.

§. 1.

Einleitung.

Wilda hat in seinem Strafrecht der Germanen für das älteste deutsche Strafrecht den Satz aufgestellt: Der widerrechtliche Wille war es, der den Begriff des Verbrechens bestimmte.[1]) Dieser Ausspruch ist meistentheils von späteren Schriftstellern anerkannt. So von Hälschner[2]), welcher auch für das Strafrecht des Sachsenspiegels behauptet, als Friedensbruch könne eine Rechtsverletzung nur bestraft werden, insofern sie sich als wahres Verbrechen, d. h. als eine aus dem Wissen und freien Willen des Thäters entsprungene und ihm darum zuzurechnende Handlung darstelle. — Das Gleiche wird für die Buße ausgeführt; auch diese erfordert eine zuzurechnende schuldhafte Handlung[3]). — So tritt auch Köstlin[4]) der älteren Ansicht entgegen,

1) S. 146. Die weitere Ausführung des Satzes findet sich S. 544 ff. S. 559 ff.

2) Geschichte des Brandenburgisch-Preußischen Strafrechts. Bonn 1855 S. 33. S. 36.

3) a. a. O. S. 46. vergl. auch S. 47. Frevel im Gegensatz zu Ungericht setzt ebenfalls ein schuldhaftes, zuzurechnendes Handeln voraus.

4) System S. 130 not. 4. S. 133 not. 4. Gelegentlich wiederholt K.

„daß im germanischen Strafrecht nur die äußere That und der äußerlich wahrnehmbare Schaden, nicht aber der Wille und die Schuld des Verbrechers in Betracht gekommen sei". — Selbst vor Wilda hatte schon Göschen[5]) auf das subjektive Moment des älteren deutschen Strafrechts hingewiesen.

Eine erneuerte Darstellung der Imputationslehre rechtfertigt sich aber wohl aus mancherlei Gründen. Zunächst reicht Wilda's Arbeit nicht bis in das Zeitalter der Rechtsbücher hinein. Dasjenige aber, was wir in der neueren Literatur über die Imputation in diesem so wichtigen Abschnitte der deutschen Rechtsgeschichte vorfinden, ist mehr gelegentlich gesagt und läßt manche Erweiterungen und Berichtigungen zu. — Aber selbst das Richtige, was von Wilda und von anderen gesagt ist, scheint allgemeine Anerkennung noch keineswegs gefunden zu haben. Ich erwähne hier vorläufig eine Abhandlung von Trummer[6]), welche ausdrücklich zur Widerlegung der Wilda'schen Ansicht freilich mit wenig Glück geschrieben ist. So hat auch noch neuerdings Geyer[7]) sich ermüßigt gesehen, dem deutschen Strafrechte den Standpunkt der Objektivität zu wahren. Schwerlich wird aber eine Widerlegung Wilda's dadurch zu bewirken sein, daß man demselben vorwirft, er habe sich von warmem Eifer für das nationale Recht hinreißen lassen und sich dabei in Widersprüche verwickelt.

Wenn so schon in Arbeiten, die ihrer Natur nach für einen engeren Leserkreis berechnet sind, deren Resultate erst die Bestimmung haben, durch Vermittelung der Lehrbücher einem größeren Publikum bekannt zu werden, derartige Unsicherheiten über die

---

diese Ansicht mit Bezug auf Injurien in der Ztschr. für deutsches Recht. Bd. XV, mit Bezug auf den Diebstahl in der Münchener kritischen Ueberschau Bd. III. S. 166.

5) Goslaer Statuten S. 296. 297. 300. 302. 332.

6) Vorträge über Tortur Bd. I. 2. Heft.

7) Die Lehre von der Nothwehr. Jena 1857 S. 87. 88.

deutschrechtliche Imputationslehre gefunden werden, so darf es uns nicht befremden, daß in den Lehrbüchern selbst und auch wohl in den mehr für Praktiker bestimmten Schriften sich vieles Unrichtige über diesen Gegenstand vorfindet. Nehmen wir beispielsweise Feuerbach=Mittermaier zur Hand. Hier ist S. 13 (Note des Herausgebers) zu lesen: „Das alte Strafrecht beruhte noch immer auf einem mehr nur den äußeren Erfolg berücksichtigenden Grundsatze, bei welchem die späteren Grundsätze von der Zurechnung fremd waren.“ S. 154 Note I. (des Herausgebers): „Im germanischen Rechte konnten nach der Art des alten Strafrechts, wenn auch einzelne auf Prüfung des Willenszustandes deutende Ansichten vorkommen, nach der Rücksicht auf die compositio die heutigen Ansichten von Zurechnung nicht vorkommen. Siehe zwar Wilda Strafrecht der Germanen S. 155. 544, aber Trummer Vorträge über Tortur 2. Heft S. 345. Es ergiebt sich aus den geschichtlichen Nachweisungen bei Trummer S. 392, daß man unsere Aufhebungsgründe der Zurechnung nicht berücksichtigte.“ Es ist einigermaßen betrübend, wenn man sieht, wie in einem so viel benutzten Buche die historische Kritik so falsch geleitet wird. — Mittermaier steht aber keineswegs allein. Das neueste, sonst so treffliche Lehrbuch des Strafrechts von Berner macht denselben Fehler. Hier heißt es S. 55: „Durch diese Taxen (Compositionen) mußte die Berücksichtigung des verbrecherischen Willens fast gänzlich verloren gehen. Bloße Abzahlung des Verbrechens durch Geld, bloße Abschätzung der Geldstrafe nach dem angerichteten Schaden: dabei trat die sittliche Bedeutung des Verbrechens, die innere Schuld, in den Hintergrund. Hier gerade war es, wo die Kirche dem Germanischen Rechte das tiefere Princip der Subjektivität und Innerlichkeit darreichen mußte. Gerade diesem Kompositionensysteme, welches nur den angerichteten Schaden veranschlagte, stellte die Kirche ihr Pönitentiarsystem,

ihre allerdings einseitige Berücksichtigung des Subjektiven gegenüber[8])."

Mag es endlich noch gestattet sein, eine allerdings mehr gelegentliche Bemerkung zu erwähnen, die sich in der Arbeit eines Praktikers vorfindet. Rudolf v. Krävel sagte in seinen nicht genug zu beachtenden „Vorschlägen"[9]) bei Gelegenheit einer Beurtheilung der Versuchstheorie des Preußischen Strafgesetzbuches: „Nach römischem Rechte war der Versuch bei den criminibus ordinariis (den gewöhnlichen Verbrechen) ebenso strafbar als das vollendete Verbrechen. Es sah nur auf den verbrecherischen Willen, mochte der Erfolg eingetreten sein oder nicht. — Das alte deutsche Recht maß die Strafe nur nach dem wirklich angerichteten Schaden ab. Wo kein schädlicher Erfolg eingetreten war, gab es auch keine Strafe. Auf den verbrecherischen Willen kam es also dabei gar nicht an. Die Praxis des gemeinen deutschen Strafrechts vermischte beide Systeme" rc.

Diese mitgetheilten Proben aus Werken, welche der neuesten kriminalistischen Literatur angehören, zeigen zur Genüge, daß die ältere Ansicht, wonach es im älteren deutschen Strafrecht für die Bestrafung nur auf den Erfolg, nicht auf die Schuld des Thäters angekommen wäre, noch immer ihre Anhänger findet. Vielleicht ist der Grund davon, daß die richtige Ansicht zur allgemeinen An-

---

8) Es mag beiläufig bemerkt werden, daß die historischen Ausführungen Berners, so weit sich dieselben auf deutsches Strafrecht beziehen, wohl eine Aenderung wünschenswerth erscheinen lassen. So soll S. 56 in den Stadtrechten das Interesse der öffentlichen Ordnung sich stärker fühlbar gemacht und die privatrechtliche Auffassung der Verbrechen früher auf die Seite geschoben haben. So S. 57. Das Prinzip der Innerlichkeit, welches zur Lutherischen Reformation hintrieb, machte sich auch im Strafrecht geltend, indem es nöthigte, auf das Gebiet der Innerlichkeit, der Subjektivität zurückzugehen.

9) Vorschläge wie durch Beseitigung der Härten des Preußischen Strafgesetzbuches der Ueberfüllung der Zuchthäuser abzuhelfen wäre.

erkennung noch nicht gelangt ist, in dem Umstande zu suchen, daß die neueren Untersuchungen, welche über das Strafrecht der Rechtsbücher unternommen sind, nicht genügend in das Detail der Quellen eingehen. Eine von dem Herkömmlichen abweichende Ansicht wird nur dann auf Beistimmung rechnen dürfen, wenn die quellenmäßige Begründung derselben erkannt werden kann. Ein oder der andere Quellenausspruch wird leicht Bedenken gegen seine Allgemeingültigkeit bestehen lassen. Erst die Betrachtung mehrerer Quellen in ihrem Zusammenhange kann eine überzeugende Kraft gewinnen.

Aus diesen Gründen scheint mir eine erneuerte quellenmäßige Prüfung der Imputationslehre nicht nur gerechtfertigt, sondern geradezu nothwendig. Zur Erkenntniß der strafrechtlichen Anschauungen irgend einer Zeit muß die Frage: „Wurde das Schuldmoment berücksichtigt, und bis zu welchem Grade geschah dies?" — vor allem andern beantwortet sein. Die Quellen liefern aber zur Beantwortung dieser Frage noch genug unbenutztes Material, das sich die Wissenschaft nicht entgehen lassen darf.

Es wird zunächst über die verschiedenen Arten der Willensbestimmung, sodann über die einzelnen Aufhebungsgründe der Zurechnungsfähigkeit zu handeln sein.

Erstes Kapitel.

Von den verschiedenen Arten der Willensbestimmung.

§. 2.

Absichtlichkeit und Unabsichtlichkeit.

a. Rechtsverletzungen ohne Entschädigungspflicht.

Die Quellenstellen, welche über den Unterschied zwischen Absichtlichkeit und Unabsichtlichkeit sprechen, sind überaus zahlreich.

Für die Auswahl und Anordnung derselben zum Zwecke der folgenden Darstellung mußten folgende Gesichtspunkte festgehalten werden. Zunächst können wir nur auf diejenigen Rechtsverletzungen Rücksicht nehmen, welche dem bloßen Erfolge nach, wie der Tödtung, Verwundung u. s. w. zu einer kriminellen Ahndung wohl Veranlassung geben. — Diesen gegenüber haben wir zu untersuchen, welchen Einfluß auf die Beurtheilung der Rechtsverletzung der Umstand ausübte, daß dieselbe unabsichtlich herbeigeführt war Von irgend einer Unterscheidung innerhalb der Unabsichtlichkeit, wie dieselbe unsern heutigen Rechtsanschauungen entsprechen dürfte, wie etwa einer Unterscheidung zwischen culpa und casus muß vorläufig ganz abgesehen werden.

Es sind zunächst folgende Quellenstellen anzuführen:
Gosl. Stat. S. 70 Z. 27 ff.

Wert en man gheantwardet vor scult eneme vor gherichte oder ine in der overhöre uphalt, dene scal he halden mit spise ghelik sinem ghesinde. Mit ener helden mach he dene spannen: nicht to kolde, nicht to warme noch to nate scal he ene setten. Störve he dar en binnen oder scüde eme scade an siner macht, des blift he ane scult, of he sin recht dar to do dat he nicht ime to arghe ghedan hebbe, men ne moghes ine overwinnen.

In dieser Stelle wird darauf hingedeutet, daß dem Gefangenen, obwohl derselbe vorschriftsmäßig behandelt worden, dennoch ein Schaden irgend einer Art zugestoßen ist. — Die Veranlassung dieses Schadens ist in der Gefangenschaft zu suchen und mittelbar derselbe auf diejenige Person zurückzuführen, welche die Gefangenschaft ausübte. Doch sagt die Stelle — des blift he (der den Gefangenen hielt) ane scult. — Wäre aber der Schaden beabsichtigt gewesen, könnte der in Folge eines derartigen Schadens etwa Verklagte sein Recht nicht dazu thun, dat he nicht ime to arghe ghedan hebbe — so würde er für den eingetretenen Schaden ver-

antwortlich gemacht werden. Es ist dieses zwar nicht ausdrücklich in der Stelle erklärt, aber doch mittelbar dadurch ausgesprochen, daß als Bedingung für die Nichthaftung der Nachweis der nicht vorhanden gewesenen bösen Absicht gefordert wird[10]).

Eine weitere Stelle ist Gosl. Stat. S. 41 Z. 28—36.

Scüde eme scade up der alreden vor des keyseres hus, alse se begoten were an spotte oder an spele alse men dar pleghet, dar ne gheyt nen gherichte over, of sik de sakwalde vreveles unde vorsate untsculdighe alse recht is.

Wanne torney oder forest oder behort uppe dem markede oder anderes wur up dem velde is, dar men bi bunghet, welk kipere to vute oder to perde dar neder wert ghereden unde ime we ghedan wert, dar ne gheyt nen gherichte over, of de dat dey sich des untsculdighe dat it unvreveliken ane sinen dangk ghescüde.

In beiden Fällen, von denen die mitgetheilte Stelle spricht, geschieht ein Schaden durch Veranlassung eines Menschen; es wird jemand begossen, niedergeritten und ihm dabei wehe gethan. Es sind dieses zweifellos Erfolge, bei denen man die Frage aufwerfen darf, ob nicht für den Beschädigten irgend eine Genugthuung eintreten müsse. Es heißt aber, dar ne gheyt nen gherichte over, wenn der Thäter (de sakwolde — de dat deyt) darthut, daß der Schaden ohne seinen Willen geschehen sei.

Zum Verständniß der Worte dar ne gheyt nen gherichte over ist auf ein Nordhäuser Weisthum aufmerksam zu machen[11]). Es wird hier der Fall erwähnt, es sei jemandem bei einem Turnier ein Pferd niedergestochen. Der Kläger behauptet nun, das

10) Die angeführte Stelle hängt zusammen mit Ssp. III. 39 §. 1. Der Ssp. enthält aber keine Bestimmungen über den etwa eintretenden schädlichen Erfolg. — Dasselbe ist anzuführen von Verm. Ssp. III. 9. 3.

11) Bei Förstemann: Neue Mittheilungen aus dem Gebiete historisch-antiquarischer Forschungen. Halle 1834. Bd. I. Heft 3 S. 75. 76.

Turnier sei an und für sich etwas Widerrechtliches — neyn Recht, sundern eyne frewilkore — und der Verklagte müsse in Folge dessen das Pferd ersetzen. — Die Goslaer erklären indessen: Wenn über den etwaigen Schadensersatz bei solcher Gelegenheit vorher etwas von den Parteien verabredet worden, so sei dieses zu halten. Wäre dagegen nichts verabredet — steke so eyn deme andern sin perd, edir sus schaden darouer dede, den moste de lyden, deme de schade schege, vorausgesetzt, daß der Beschädigende sich mit seinem Rechte der vorsate darane ledige [12]).

Lübisches Recht cod. I. art. 61: (Dieselbe Stelle ist in deutscher Sprache wiederholt cod. II. art. 170.)

Quicumque autem in suo proprio edificavit et euentum malum uel casum nullo procurante alicui de edificio eodem lesio contigerit: ille cuius edificia sunt. leso nichil inde penitus respondebit. sed lesor iuramento confirmabit quod lesio sine voluntate sua evenerit.

Bei einem Bau geschieht ein Unglück, für welches Niemand kann, so wird man wohl die Worte nullo procurante übersetzen dürfen. — In diesem Fall soll nun der Beschädigende, wenn er nur darthun kann, quod lesio sine voluntate sua evenerit — dem Beschädigten zu nichts verpflichtet sein — nichil inde penitus respondebit — also nicht blos jegliche Strafe fällt fort, sondern auch jeder Schadensersatz [13]).

---

12) Auch Göschen Gosl. stat. S. 296 not. 8 faßt die erwähnten Worte so auf, daß durch dieselben auch der Ausschluß der Verpflichtung zum Schadensersatz bestimmt sei.

13) Ueber ein ähnliches Verhältniß findet sich eine Entscheidung bei Förstemann a. a. O. S. 64. Ein Bewohner von Frankenhausen hat eine Scheune nahe bei der Stadtmauer. Er besorgt, daß die Stadtmauer einstürzen und seiner Scheune Schaden thun möchte. Deshalb werden auf sein Verlangen von dem Rathe zwei Männer abgeordnet, um Vorkehrungen zur Verhütung eines derartigen Schadens zu treffen. Dessen ungeachtet stürzt die Mauer ein und reißt die Scheune mit nieder. Der Eigenthümer der letzteren verklagt die

Hamburger Recht 1270 VIII, 5.

Van vngelucke dat eneme deneste schut. Is een man in enes mannes deneste, vnde schut eme wat van vngelucke an syneme lyue ofte an siner sunt in sines heren deneste, de here schal is blyuen ane schaden vnde ane schult. Mer he schal eme geuen syn vulle lon, edder mer ofte he wil.

In den Parallelstellen 1292 K. 5; 1497 F. 7 fehlen die Schlußworte: „oder mehr wenn er will". Diese erscheinen auch als ganz gleichgültig, da eine rechtliche Verpflichtung des Herren nur für die Bezahlung des vollen Lohnes anerkannt ist und es sich leicht denken läßt, daß der Dienstbote etwas mehr, wenn es ihm geboten wird, nicht verschmähen werde. Die Veranlassung des Unglücks ist auch hier der Dienstherr, denn in seinem Dienste geschah es; der Dienst führte dasselbe herbei. Aber das Unglück ist ohne Willen des Herren geschehen, er war nicht die schuldvolle Veranlassung desselben. Deshalb bleibt der Herr auch ohne Schaden und ohne Schuld. In dem Umstande, daß er dem Dienstboten den vollen Lohn auszahlen muß, liegt mit dem eben Gesagten nichts Widersprechendes. Dadurch nämlich, daß der Dienstbote durch ein Unglück verhindert wird, die Bedingungen seines Kontraktes zu erfüllen, wird nicht auch der Herr von den ihm obliegenden kontraktlichen Verpflichtungen frei, sondern muß dieselben erfüllen[14]).

Deputirten des Rathes wegen Schadensersatzes, welche ihrerseits behaupten, daß die Stadtmauer an oren dang, ane argelist gefallen sei und demgemäß die Entschädigungspflicht bestreiten. Die Goslaer erkennen hierauf: . . . . . daz vnser stat recht dar vmme also stet, ist, daz dy zwene, dy ir dar obir gesaczt hattet, sprechen by orme eyde, daz dy mure gevallen sy, daz daz sy ane ore schult, daz man on vnmogelichen dar vmme zuspricht, vnd den schaden vmbilche legen.

14) Eine ganz ähnliche Bestimmung enthält Gosl. Stat. S. 47 Z. 4 ff. Der Verpflichtung des Herrn zur Zahlung des Lohnes geschieht keine Erwähnung. Aehnlicher Art ist auch die Bestimmung des Gosl. Stat. S. 46 Z. 41 ff.

Hamburger Recht 1270 XI. 1. (1292 L. 1. 1497 N. 1.) Von dieser Stelle gehört nur der letzte Abschnitt hieher. Wenn nämlich jemand mit beradeneme mote vnde mit beladenen vrunden in eines anderen Mannes Haus dringt und ihn schlägt, so soll derselbe je nachdem er in der Were behalten ist, oder aus der Were hinauskommt, bald sein Leben verwirkt haben, bald zu Buße- und Gewedbezahlung verpflichtet sein. Dann heißt es aber weiter:

Mer komet lude an eyne veile tauernen, vnde schut deme werde wat van vngerake ofte ienigen manne, dar ne is nen husvrede ane gebroken, noch de were beuochten.

Der Begriff des Hausfriedensbruches und die auf denselben gesetzten Strafen hängen somit davon ab, ob man anfänglich beabsichtigte, den Eigenthümer zu verletzen, oder nicht. Fehlte diese Absicht beim Hineingehen in das Haus, so existirt der Hausfriedensbruch gar nicht. Es können Verletzungen im Hause vorkommen, der Wirth und die Gäste mögen geschlagen werden. An sich sind derartige Handlungen nicht straflos, aber es ist reiner Zufall, daß sie im Hause begangen werden. Und so bestimmen denn auch die zu der mitgetheilten Stelle gehörenden Parallelen; dhen broke scal men beteren dharna he scut. — Ebensowenig, wie es straflos ist, wenn sich Leute auf freiem Felde prügeln, ebensowenig kann es straflos sein, wenn dieses in einem Hause geschieht. Aber dieser letztere Umstand kommt bei Beurtheilung der Handlung gar nicht in Betracht. Es ist eben etwas Zufälliges, daß etwas in einem Hause geschieht, was ebensogut anderswo hätte geschehen können, und weil es etwas Zufälliges, nicht etwas Be-

---

Es arbeiten mehrere Personen zusammen, eine verunglückt. Die Mitarbeiter sollen dar nene not umme liden. Jedoch mit folgender Beschränkung: wene men aver dar umme scüldeghet, dat he vrevel dar an ghedan hebbe, de mot sich des untscüldighen. Vergl. die bei Stobbe: „zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts" S. 286 mitgetheilten Stellen.

absichtigtes ist, so fällt die Strafe für den Hausfriedensbruch fort [15]).

15) Osenbrüggen (der Hausfrieden. Erlangen 1857) erwähnt S. 67. 68. im Gegensatze zu dem dolosen Hausfriedensbruch eine Art Heimsuchung, die nicht mit Vorbedacht, sondern „casualiter" „von geschicht" begangen wird. In der oben citirten Stelle des Hamburger Rechts ist zwar auch „van vngerake" entgegengesetzt dem Handeln mit „beradeneme mote". Dieser Gegensatz hat aber nicht die Bedeutung, eine geringere Art des Hausfriedensbruches zu bilden, sondern es hebt derselbe diesen Begriff ganz auf: — dar ne is nen husvrede ane gebroken, welche Worte 1292 L. 1 und 1497 N. 1 wiederholt werden. Die von Osenbrüggen a. a. O. mitgetheilten Stellen rühren aus süddeutschen Stadtrechten her. Hamburg 1270 XI. 1. wird nur wegen des Ausdrucks mit beradeneme Mode und beladenen Vrunden citirt. —

Ich möchte hier gelegentlich noch auf eine Stelle der Grimm'schen Weisthümer aufmerksam machen, weil dieselbe das bisher beigebrachte Material wenigstens mittelbar vermehrt: Hofsrolle zu Barmen (Weisthümer Thl. III. S. 11.) derselb eigenthumb soll also frey sein, dass, da einer von da aussen hereyn keme, und hette einen todschlag gethan mit vnglück, dem oder demselbigen mag man alhie binnen der freyheit geleit geben jahr und tag, und so lang, als er ein guter gesell seyn will; auch so fern als er nit alhie binnen der freyheit gegen unsern landesfürsten und herrn gethan hat, und auch sonst andern die sonst schlechte not hetten, und wannehe dass sich solches begebe, und geschehen were, dass derselbige todschläger oder die andern, denen es verunglücket ist, an den hoffs schultheiss gehen und begeren das geleit; so soll der hoffs schultheiss ihnen das geleit geben, vnd strecken es fort an den amptmann zu Beyenburg, und der amptmann soll ihnen das geleit verfrischen. In dieser Stelle wird von einem todschlag gesprochen, der mit vnglück geschah. Das Unglück schließt jedenfalls jeden dolus aus, mithin ist „Todschlag" nicht in der Bedeutung „Töbtung im Affekt" zu nehmen, sondern es ist lediglich an eine durch einen unglücklichen Zufall bewirkte Töbtung zu denken. Die Worte „und auch sonst andern die sonst schlechte not hetten" — „oder die andern, denen es verunglücket ist" scheinen dasjenige, was für unabsichtliche Töbtungen bestimmt ist, auch auf andere unabsichtliche Rechtsverletzungen zu übertragen. Ueber die rechtliche Beurtheilung derartiger Verletzungen, über die endlichen Folgen für denjenigen, der sie bewirkte, wird zwar nichts gesagt. Aber es wird bestimmt, daß derjenige, auf den die unabsichtlichen Verletzungen zurückzuführen sind, freies Geleit haben solle, allerdings unter gewissen Voraussetzungen und Beschränkungen. Wäre der genannten Quelle der Unterschied

In dem Vorhergehenden finden wir Quellenzeugnisse dafür, daß die Verletzung eines Rechtes, welche mit Rücksicht auf den Erfolg wohl eine kriminelle Ahndung möglich gemacht hätte, dennoch dieselbe nicht erfahren hat. Auch sind die mitgetheilten Beispiele von der Art, daß die Veranlassung der eingetretenen Rechtsverletzung auf eine bestimmte Person leicht zurückgeführt werden kann. — Wäre die Ansicht richtig, daß im älteren deutschen Strafrechte die Bestrafung lediglich von dem Erfolge abhängig gemacht wäre, so hätten wir in sämmtlichen der mitgetheilten Stellen eine Bestrafung finden müssen. — Statt dessen fällt nicht nur jede Strafe fort, sondern es bleibt auch derjenige, der die Veranlassung des rechtsverletzenden Erfolges darbot, selbst von jedem Entschädigungsanspruche frei.

Ehe wir den Grund dieser Erscheinung aufzufinden versuchen, scheint es zweckmäßig, zunächst noch andere Fälle unabsichtlicher Rechtsverletzungen zu betrachten, in denen zwar nicht Strafe, wohl aber Entschädigungspflicht für den rechtsverletzenden Erfolg anerkannt ist.

§. 3.

Absichtlichkeit und Unabsichtlichkeit.

b. Rechtsverletzungen mit Entschädigungspflicht.

Es könnte die Frage aufgeworfen werden, ob aus dem Umstande, daß für gewisse Rechtsverletzungen eine Entschädigung gefordert wird, irgend etwas für die Feststellung der kriminellen Im-

zwischen Absichtlichkeit und Unabsichtlichkeit unbekannt gewesen, so wäre nicht einzusehen, warum das Gewähren des freien Geleits ausdrücklich auf die unabsichtlichen Verletzungen hätte beschränkt blriben sollen. So aber deutet die Stelle darauf hin, daß nicht blos auf das materielle, sondern auch auf das formelle Recht die Verschiedenartigkeit der Willensbestimmung einen Einfluß geäußert habe.

putation folgen könne, da überhaupt jede Entschädigungspflicht einen privatrechtlichen Charakter habe.

Hierauf würde Folgendes zu erwiedern sein. — Wenn wir in den Quellen die Erscheinung wahrnehmen, daß objektiv gleiche Rechtsverletzungen bald Entschädigungspflicht fordern, bald nicht, so kann der Grund dieser Erscheinung nur in einer verschiedenen Beurtheilung des Schuldmomentes gefunden werden. Wir dürfen daher erwarten, aus den Rechtsverletzungen der angedeuteten Art über das Schuldmoment des älteren deutschen Rechts überhaupt belehrt zu werden. Und wenn diese Belehrung auch nur für die civilrechtliche Imputationslehre ein direktes Interesse haben sollte; indirekt werden wir aus derselben auch manches für das Strafrecht Wichtige entnehmen können. — Sodann ist es für die Entwickelungsgeschichte des Strafrechts nöthig, zu wissen, wie Rechtsverletzungen, die heute in der einen oder anderen Weise kriminell geahndet werden, in einer früheren Zeit behandelt worden sind. Dies wird um so bedeutsamer, wenn wir daran denken, daß im älteren Rechte durch Vermittelung des Wergeldes die Möglichkeit der Entschädigung einen viel weiteren Umfang hatte, als wir dies heute behaupten dürfen.

Ich führe hier an: Ssp. II. 38.

Die man sal gelden den scaden, die von siner warlose gesciet andern luden, it si von brande oder von bornen, den he nicht beweret enes knies ho boven der erde, oder of he schüt oder wirpt enen man oder en ve, als he ramet enes vogeles. Hir umme ne verdelt man ime nicht sin lif noch sin gesunt, of de man joch wol stirft, wende he mut ine gelden alse sin wergelt stat.

Die Absichtlichkeit des Handelns ist hier ausgeschlossen durch das Wort warlose. In der warlose liegt aber auch der Ver-

pflichtungsgrund zum Schadenersatz, mag derselbe nun in einer Geldentschädigung oder in der Wergeldszahlung bestehen.

Gosl. Stat. S. 90 Z. 14 ff. [16])

Wert emme gheboden mit gherichte dat he sin ghebuwe, dat vallen wel, make dat dar nen schade van ne sche, ne det he des nicht unde scüt schade na der tid dat it eme gheboden is mit gherichte, dat dar lüde von dot blivet oder ghewundet werdet, dat schal men böten mit des doden oder vorwundeden werghelde. Anderen schaden böt he na sinem werde. Scüt aver dar van schade er dat eme vorboden werde mit gherichte, de ne darf he nicht irleeghen.

Also zum Schadensersatz, bald in Form des Wergelds, bald in Form der Geldentschädigung wird der Eigenthümer eines baufälligen Hauses nur dann verpflichtet, wenn er durch das Gericht auf die drohende Gefahr hingewiesen und zur Beseitigung derselben aufgefordert wurde, sonst nicht [17]).

Es wurde oben bereits eine Stelle aus den Gosl. Stat. S. 41 Z. 28—36 mitgetheilt, welche die Bestimmung enthielt, daß eine bei einem Turnier vorkommende Beschädigung, die absichtslos bewirkt würde, keinerlei Verpflichtungen für den Beschädigenden begründe. An demselben Orte wird Z. 37 weiter bestimmt, daß wenn die gleichen Beschädigungen einträten, vor Beginn des Kampfspiels oder nach Beendigung desselben, der Beschädigende den Schaden erlegen müsse na minnen oder na rechte. Ueber Vorhandensein oder Fehlen der Absichtlichkeit ist hier nichts gesagt; es kann indessen aus dem Zusammenhange der Stelle kein Zweifel darüber entstehen, daß Unabsichtlichkeit stillschweigend vorausgesetzt wird [18]).

---

16) Vergl. Göschen a. a. O. S. 341 not. 11.

17) Vergl. hier die oben angeführte Stelle aus dem Lübischen Recht cod. II. art. 170 und das in not. 13 mitgetheilte Goslaer Urtheil.

18) Die Stelle lautet: „Wanne torney oder forest oder behort up

In ähnlicher Weise wie Gosl. Stat. S. 90 Z. 14 die Verpflichtung zur Entschädigung von einem voraufgegangenen, unbeachtet gelassenen Gebote der Obrigkeit abhängig macht, geschieht dieses auch im Lübischen Recht cod. III, 368.

Welke en hengelrode ofte holt ofte en fchip dat vp gherichtet were ofte en hus ofte wat dat were vnde schade dar schude aff vnn were dat vore van deme rade nicht beschuldiget des dat were de bleue des ane schaden. Mer were dat vore beschuldiget van deme rade he schal dat beteren to rechte vnde den schaden vprichten were ok enes mannes brugghe von deme rade beschuldighet vnde breke we syn been al dar dat were man ofte quick wat vngelucke dar schude dat schal de beteren des de brugghe is were de brugge vnbeschuldighet he blift leddich.

Nicht nur bestätigt wird das Gosl. Stat. durch diese Stelle, sondern die dort getroffene Bestimmung wird noch auf vielerlei andere, analoge Verhältnisse ausgedehnt.

Ueber das Unglück, welches durch Pferde und Wagen entsteht, handeln mehrere Stellen und erkennen sämmtlich eine Entschädigungspflicht für den herbeigeführten Schaden an. So Lübisches Recht cod. II. art. 255. Es wird durch einen Wagen jemand verletzt, wolde den de iene de den waghen dreuen hedde, vorstan mit sineme rechte dat id sunder sine wanhude unde arghelist ghesehen si — so bleibt doch trotz dieses Beweises Wagen und Pferd für den entstandenen Schaden verhaftet. Und das Gleiche soll eintreten, wenn jemand Pferde reitet oder treibt und diese einem Menschen Schaden thun — vt-

---

dem markede is, er de dat spel öven willet mit der bunghen up den market komet, we enen dar neder rede de wile, unde eme we dede, dat moste he irleghen na minnen oder na rechte. Dat selve möste de don de enen dar neder rede unde eme we dede, wanne se mit der bunghen van dem markede ghereden weren.

ghenomen uppe dem perdenmarkede vnde oft ienich instement were dar grote samnighe si van perden dat sik dar malk selven ware. — Ebenso wie hier die Beschädigung eines Menschen, so wird im Lübischen Recht cod. III. art. 315 die Entschädigungspflicht auch für jeden anderen aus der gleichen Ursache entstandenen Schaden anerkannt. Als Schuldiger wird derjenige behandelt, der den Wagen treibt. Erst wenn dieser sich durch die Flucht den gegen ihn erhobenen Ansprüchen entzieht, haften die Pferde[19]).

Hier mag noch eine in mancher Rücksicht interessante Stelle des Gosl. Stat. S. 41 Z. 1 erwähnt werden:

Of en kint lepe under enne waghen oder under en pert oder van anderem unghelücke' scüde dat en scaden dede an sinen dank, dar en dot bleve oder ghewundet wörde, de moste selve sevede vulkomener lüde dat an den hilleghen irweren, dat it an sinen dank ghescheen were. So ne tredet ime an dat lif nicht; mer mit ienes werghelde scolde he dat irleghen.

Hier haften also nicht blos Wagen und Pferde, wie im Lübischen Recht cod. II. art. 255, sondern es wird das Wergeld gefordert. Auch ist diese Bestimmung des Gosl. Stat. nicht blos auf den Fall zu beschränken, daß ein Kind Schaden erleidet, sondern es wird dieselbe auch auf Erwachsene ausgedehnt. Ein Goslaer Weisthum[20]) nämlich entscheidet die Frage, wie hoch das Wergeld einer Frau sei. Aber diese Entscheidung wurde dadurch veranlaßt, daß eine Frau van ungeluckes wegen von einem Wagen fiel oder todt getreten wurde. Daß in diesem Falle Wergeld für die Frau zu

19) Hiemit ist zu vergleichen: Hamburger Recht 1270 VI. 20. 1292 G. 17. 1497 L. 18. Diese Stellen setzen das rechtliche Verhältniß klarer auseinander als der im spätern Zusatz zum Ssp. II. 40 §. 4.

20) Mitgetheilt bei Bruns Beyträge zu den deutschen Rechten des Mittelalters. Helmstädt 1799. S. 180 not. 3.

zahlen sei, erlitt keinen Zweifel, es war nur noch die Frage über die Höhe des Wergelds zu erledigen[21]).

Für die Entschädigungspflicht bei Brandstiftungen führe ich noch folgende Stellen an. Zunächst eine mit dem Ssp. in sehr naher Verwandschaft stehende, nämlich Verm. Ssp. II. 2, 12 — eine Stelle, auf welche ich weiter unten noch zurückkommen werde, da in derselben wenigstens theilweise eine noch weitere Verantwortlichkeit als die bloße Entschädigungspflicht für unabsichtliche Brandstiftung bestimmt ist. — Sodann eine andere, welche mit dem Ssp. gar nicht in äußerem Zusammenhange steht, nämlich: Wendisch-Rügianischer Landbrauch[22]) Tit. 214 S. 284 al. 2. — Es werden nämlich in dem angeführten Titel überhaupt Vorschriften gegeben, wie es bei einem entstandenen Brande zu halten sei; wer beispielsweise zum Löschen herbeieilen, wie der Diebstahl an den geretteten Sachen gestraft werden solle u. s. w. — Die Entschädigungspflicht dessen, bei dem das Feuer auskam, wird, wenn das Feuer auch benachbarte Gebäude ergriff, nur in dem Falle anerkannt, wenn das Feuer aus Vorsümenisse, Frevel edder Vngehorsam des Vorbranden entstand. Zur Erläuterung dieser Begriffe wird angeführt: wente he hedde vorbadene Ofen, Schmede-Esen, Füersteden edder Stro baven sin Fuer över de Naber Vorboth settet.

---

21) Daß es übrigens nicht die Hülfslosigkeit des Kindes oder der Frau gewesen ist, welche an die „van unghelücke" bewirkte Beschädigung die Wergeldszahlung knüpfte, lehrt sehr deutlich ein Goslaer Urtheil bei Förstemann a. a. O. S. 28. Liben frunde, tu dem stucke, ab uwer medeburger, des dat holtz ist, dem kinde betzern selle edir nicht, sende wie vch beschriben vnser stadrecht. het ein vnser burgere holtz legende vff der stratze, kemet da ein ander kint edir alde lude vnd tun sich selben schaden, da get kein gerichte vbir.

22) Matthäus von Normann's Wendisch Rügianischer Landgebrauch, herausgegeben von Gadebusch, Stralsund und Leipzig 1777.

Hinsichtlich der Wergeldszahlung bei Tödtungen wird Ssp. II. 38 erläutert durch Verm. Ssp. lib. IV, 15, 2.

Slet eyn man eyn kint czu tode von willen, he sal dorumbe liden recht gerichte, had her abir daz getan von ungeschicht, welcherley daz wer, unde ome daz leyt ist, daz men das irkuset; butet her sich deme gerichte zcu orkunde vnd den frunden, ehir is obernechtig wert, unde bewiset daz mit siner unschult, so bessert her mit des kindes vollen wergelde.

Die Stelle stimmt mit Ssp. II. 38 dem Resultate nach überein. Hier wie dort ist Wergeldszahlung bestimmt. Während aber Ssp. II. 38 die Wergeldszahlung von der warlose des Handelnden abhängig macht, verlangt Verm. Ssp. dieselbe bei jedem ungeschicht. Die Stellen dadurch vereinigen zu wollen, daß der Ssp. überhaupt von Tödtungen, Verm. Ssp. dagegen von der Tödtung eines Kindes spricht, sodaß also der gemeinschaftliche Inhalt beider Stellen der sein würde: Wer aus warlose einen Menschen tödtet, zahlt dessen Wergeld, wird aber ein Kind getödtet, so ist das Wergeld auch schon zu zahlen, wenn die Tödtung von ungeschicht erfolgte — diese Erklärung scheint mir mit Bezug auf das not. 20 Gesagte von vorne herein als unzuläſſig[23]). In dem folgenden § werde ich eine Vereinigung der beiden Stellen versuchen.

Es muß hier weiter noch auf Richtsteig cap. 44 (Homeyer) aufmerksam gemacht werden[24]). In §. 2 dieser Stelle wird der Unterschied zwischen warlose und ungeschicht gar nicht erwähnt, sondern es wird nur gesagt, die Tödtung sei geschehen leider van

23) Vergl. auch die gleich folgende Stelle des Richtsteiges.

24) Mit dieser Stelle ist zu vergleichen das Berlinische Stadtbuch Fidicin: historisch diplomatische Beiträge zur Geschichte der Stadt Berlin. Erster Theil. Berlin 1837. S. 160. 161. Als Veranlassung des Todes wir hier noch angeführt: oder ofte eyn schüve rüscheude perd dar eyner vp sele, vnd vordruge en ane synen dank und willen, vnd tredde eynen menschen zu tode. — Sodann Blume des Magdeb. Rechts bei Homeyer a. a. O.

sinen sculden unde deger ane sinen willen. Die Veranlassung des Todes wird in ganz ähnlicher Weise dargestellt wie im Ssp. II. 38: unde quam sus tu, he scolde na enem vogel schiten, oder he warp na eme hunde un drapte em. Hier wird nun entschieden: §. 3 .... So vintme, mach he selfsevende bewisen, dat it van ungelucke tu komen si unde dat he vor neue wrake mit em ne hedde, so scal he geven des doden wergelt. — Also gleichgültig, ob Kind, ob Erwachsener — ob von warlose oder von ungeschicht, das Wergeld wird bei der erfolgten Tödtung verlangt.

Wergeldszahlung wird ferner von dem Richter verlangt, welcher unabsichtlich einen ihm zur Haft anvertrauten Gefangenen entweichen läßt. Das Görlitzer Recht 1304 art. 111 (Gaupp. S. 308) und Weichbild art. 19 §. 7 bestimmen dies gleichmäßig. Es heißt:
wird he (der Gefangene) ledich ane sine witscap und ane sine scult uud ane sine warlose, is dat umme en ungerichte dat an den lif gat, da gift he vore en weregelt. Gat aver die sake an die hant, dar gift he vore en half weregelt. Gat aver die sake an die hant, dar gift he vore en haft weregelt. unde mut dat richten up den hilgen dat he ime ane sine scult ledich worden si.

Im Gegensatze zu dieser Entweichung ohne Schuld des Richters wird, wenn Schuld desselben die Veranlassung dazu war, die Talionsstrafe ausgesprochen und ist es dann ganz gleichgültig, ob der Richter das Wergeld zahlt oder nicht.

S. 348 (I. 124) wo derselbe Grundsatz wie im Richtsteig cap. 44 auch auf die Tödtung der Thiere übertragen ist. Zu den Worten des Richtsteiges: unde dat he vor nene wrake mit em ne hedde, bemerkt Homeyer a. a. O. „Ssp. II. 38. wird näher dadurch bestimmt, daß der Beschuldigte auch beweisen muß, er habe vor der That keine Fehde mit dem Getödteten gehabt" — Auf diese Bemerkung wird später bei der Lehre von der Nothwehr zurückzukommen sein.

Es ist hier der Wortlaut des Weichbildes mitgetheilt. Es muß aber vorläufig schon hier bemerkt werden, daß der Wortlaut des Görlitzer Rechts in einem Punkte abweichend ist. In dem Görlitzer Recht findet sich nämlich hinsichtlich der Beweispflicht des Richters noch der Zusatz: ob mans en nicht verwizzen en wil — ein Zusatz, der gerade an dieser Stelle vielleicht nicht ohne Bedeutung sein dürfte.

Endlich möchte ich noch eine Stelle des Ssp. nämlich III, 48 §. 1—3 hier anführen:

§. 1. Svie des anderen ve dodet, dat man't eten mut, dankes oder ane dank, die mut it gelden mit sime gesatten weregelde. Belemet he't, he gilt it mit deme halven dele unde ane bute, dar to behalt jene sin ve, des it er was. — §. 2. Sve aver dodet oder belemet en ve in enem vute, dankes undę ane not, dat man't nicht eten ne mut, he sal it gelden mit vulleme weregelde unde mit bute. Lemet he't aver in enem ogen, he gilt it mit deme halven dele. — §. 3. Blift aver en ve dot oder lam von enes mannes sculden, unde doch ane sinen willen, unde dut he dar sinen eid to, he gilt it ane bute, alse hir vore geredet is[25]).

Die Stelle ist ein späterer Zusatz und vielleicht deshalb etwas undeutlich. Ich glaube dieselbe in folgender Weise erklären zu dürfen. Der §. 1 bestimmt Wergeldszahlung für das gelähmte oder getödtete Vieh und zwar ohne Bußzahlung in jedem Falle, es mag nun die Tödtung oder die Lähmung mit oder ohne Willen des Verletzenden geschehen sein. Aus diesem allgemeinen Satze: Tödtung (absichtlich oder unabsichtlich) bedingt Wergeld, hebt §. 2

25) Platner über die historische Entwickelung des Systems und des Charakters des deutschen Rechts. Marburg 1854 — 2. Theil S. 39 benutzt diese Stelle, um darzuthun, daß Schuld eine beabsichtigte und absichtslose Handlung bezeichnen könne. Das ist gewiß richtig, aber durch diese Bemerkung wird die Stelle nicht erklärt.

speciell die absichtliche Tödtung hervor. Wergeld tritt hier zwar auch ein, aber außerdem noch Buße. — Der Inhalt des §. 3 ergiebt sich als Consequenz aus den §§. 1 und 2 ganz von selbst. Denn wenn jede Tödtung (absichtliche und unabsichtliche) Wergeldszahlung bedingt; wenn ferner für die beabsichtigte Tödtung (und nur für diese) Buße bestimmt wird, so folgt von selbst, daß für die unabsichtliche Tödtung nur Wergeld gezahlt zu werden braucht. Die Disposition der mitgetheilten Stelle scheint daher folgende gewesen zu sein: §. 1. Tödtung überhaupt, sowohl absichtliche wie unabsichtliche. §. 2. Absichtliche Tödtung. §. 3. Unabsichtliche Tödtung. — Bei dieser Erklärung bleibt aber noch manches Auffällige. Zunächst, daß der §. 3 mit seiner sich ganz von selbst verstehenden Consequenz überhaupt noch dasteht. Die Schlußworte desselben: als hir vore geredet is — die sich zweifellos auf §. 1 zurückbeziehen, lassen aber kaum eine andere Auffassung zu; auch mag der Umstand, daß III, 48 eben ein späterer Zusatz ist, diese überflüssige Weitschweifigkeit erklären. Schwerer zu beseitigen dürfte aber Folgendes sein: In §. 1 heißt es: Tödtet einer des andern Vieh, dat man't eten mut und in §. 2 dat man't nicht eten ne mut. Auf diesen Gegensatz läßt sich nun wohl kaum der Unterschied zurückführen, daß in dem letzteren Falle Buße zu zahlen ist, in dem ersteren dagegen nicht. Es würde gegen alle Analogie verstoßen, wollte man den zufälligen äußeren Erfolg, ob man in Folge einer Tödtung oder Lähmung ein an sich eßbares Thier noch verzehren kann oder nicht, auf die Bußzahlung von Einfluß sein lassen. Aber auch an und für sich betrachtet haben die Worte des §. 2 dat man't nicht eten ne mut manches Bedenkliche. Es ist eine allgemeine Sitte, daß man ein eßbares Hausthier nur dann zum Verzehren für geeignet hält, wenn man durch ein gewisses regelrechtes Schlachten den Blutausfluß aus dem Körper des Thieres bewirkt hat. Ein krepirtes Rind oder Schaf, oder ein solches, welches etwa durch Erstickung getödtet wäre, ist nicht ein solches,

welches man eten mut. Nun spricht aber §. 1 selbst bei der Tödtung von einer solchen Tödtung, welche noch das Verzehren des Thieres gestattet. Das ist auch ganz gut denkbar. Das Thier hat die tödtliche Verletzung erhalten, ehe es indessen verendet, wird es noch „geschlachtet“ so daß man es wenigstens noch verzehren kann. Daß man aber ein Thier an einem Fuße so sollte lähmen können, daß selbst das Abschlachten und Verzehren desselben unmöglich wäre, scheint mir ganz undenkbar. Außerdem muß es auffallen, daß während doch sonst ganz allgemein für eine Lähmung nur das halbe Wergeld gezahlt wird, in §. 2 für die Lähmung an einem Fuße das volle Wergeld verlangt wird und nur für die Lähmung an einem Auge das halbe. Diese Bedenken bleiben dem Wortlaut der Stelle gegenüber ungelöst. Aber trotz derselben glaube ich, daß der Sinn der Stelle kein anderer ist als der oben angegebene.

§. 4.

Entwickelung der Resultate aus dem vorangestellten Material.

Die erste, wenn auch aus dem Vorhergehenden sehr leicht zu beantwortende Frage ist die: kennen unsere Quellen eine verschiedenartige Willensbestimmung?

Daß diese Frage unbedenklich bejaht werden müsse, ergiebt sich aus folgenden Umständen:

Zunächst sind in dem vorhergehenden §. nur solche Stellen angeführt, welche von unabsichtlichen Rechtsverletzungen handeln, sei es, daß die Unabsichtlichkeit ausdrücklich hervorgehoben ist, bald durch den Gegensatz zur Absichtlichkeit[26]), bald durch die Benutzung

26) Gosl. Stat. S. 70 Z. 27 S. 41 Z. 28 S. 46 Z. 41 S. 41 Z. 1. Lübisches Recht cod I. art. 61. cod II. art. 170, 255. Verm. Ssp. IV. 15. 2. Richtsteig cap. 44. Weichbild art. 19 §. 7. Görlitzer Recht 1304 art. 111. Berliner Stadtbuch S. 160. 161 Ssp. III. 48 §. 1–3. Leipziger Schöffenurtheil bei Zobel F. 556.

eines bestimmten Wortes[27]), sei es, daß das ganze Verhältniß so beschrieben wurde, daß man nur an unabsichtliche Handlungen denken kann[28]).

Diese besondere Beachtung der unabsichtlichen Handlungen gegenüber den absichtlichen beschränkt sich nun aber nicht auf eine oder auf einzelne Quellen, sondern wie ein Blick auf die so eben zusammengestellten Anmerkungen ergiebt, sind die Quellen so mannigfaltig, daß wir die Unterscheidung zwischen Absichtlichkeit und Unabsichtlichkeit als eine für ganz Norddeutschland gemeinsame ohne das geringste Bedenken hinstellen dürfen. Trotz des Vorhandenseins dieser Unterscheidung wäre es freilich an sich noch denkbar, daß hinsichtlich der rechtlichen Beurtheilung auf dieselbe keine Rücksicht genommen wäre, daß nichtsdestoweniger der Satz existiren könnte, es komme für die strafrechtliche Beurtheilung einer Handlung nur auf den Erfolg, nicht aber auf die den Erfolg hervorrufende Willensbestimmung an.

Aber zunächst würde es jedenfalls etwas Auffallendes sein, wenn, obwohl Absichtlichkeit und Unabsichtlichkeit unterschieden, und in manchen Fällen nicht ohne Mühe unterschieden werden, dennoch diese Unterscheidung so ohne alle Wirkung für die juristischen Folgen bleiben sollte. Es würde dieses etwas so sehr Auffallendes sein, daß man den Beweis für eine gleichmäßige Behandlung aller rechtsverletzenden Erfolge getrost abwarten könnte. — Dazu kommt aber noch folgender zweite Umstand. Das Strafensystem des älteren deutschen Rechts ist durchaus nicht arm. Wir kennen Lebens-

---

27) vngelucke Hamburger Recht 1270 VIII. 5; Hofsrolle zu Barmen bei Grimm III. S. 11. Bruns Beiträge S. 180 not. 3. van vngerake Hamburger Recht 1270 XI. 1. warlose Ssp. II. 38. vngeschicht Verm. Ssp. IV. 15. 2. vorsümenisse, vngehorsam Wendisch Rügianischer Landbrauch Tit. 214.

28) Gosl. Stat. S. 41 Z. 37 S. 90 Z. 14. Lübisches Recht cod. III. 368. Förstemann S. 28.

strafen, verstümmelnde Strafen, Strafen an Haut und Haar, Ehrlosigkeit, Rechtlosigkeit, Friedlosigkeit, Bußzahlungen als die Folgen widerrechtlicher Handlungen. Ueberblicken wir aber das vorangestellte Material, so findet sich von alle dem nichts. — Aus dem Gesagten folgt nun wohl ohne allen Zweifel, daß die Unterscheidung zwischen Absichtlichkeit und Unabsichtlichkeit nicht nur besteht, gewissermaßen wie eine interessante theoretische Spielerei, sondern daß dieselbe auch sehr erhebliche Folgen für die rechtliche Beurtheilung geäußert haben wird.

Daraus entsteht dann aber sofort die weitere Frage: Welcher Art sind diese Folgen gewesen?

Ehe ich an die Beantwortung dieser Frage gehe, möchte ich mir über die Methode der Untersuchung eine Bemerkung erlauben. Sobald wir heute von der Unabsichtlichkeit einer Rechtsverletzung sprechen, sind wir genöthigt, diesen Begriff als einen für die juristische Handhabung zu generellen in seine beiden Arten culpa und casus aufzulösen. Da diese Begriffe nun jedem Juristen geläufig geworden sind, so ist es auch ganz natürlich, daß heutzutage einem der Geschichte angehörenden Rechtszustande gegenüber die Frage aufgeworfen wird, ob derselbe diese beiden Begriffe zu sondern im Stande gewesen sei. Diese Frage ist an sich gewiß vollkommen berechtigt; nur darf man, während sie gestellt wird, nicht vergessen, daß der Inhalt der genannten Begriffe nicht zu jeder Zeit derselbe gewesen zu sein braucht. Ein Verhältniß, welches wir heute von dem Gesichtspunkte der culpa aus betrachten dürfen, weil von dem Handelnden nicht die gehörige, die billigerweise zu fordernde Aufmerksamkeit angewendet wurde, braucht deswegen in einer andern Zeit unter andern Umständen nicht ebenso beurtheilt zu sein, weil man gar wohl über dasjenige, was gehörige, billigerweise zu fordernde Aufmerksamkeit, oder wie sonst die Ausdrücke beliebt werden möchten, anderer Ansicht sein kann als wir es heutzutage sind. Wenn es so leicht denkbar ist, daß

wir etwas als culpa auffassen, was unter anderen Verhältnissen als casus beurtheilt wurde, so können wir auch umgekehrt heute manches als casus ansehen, was zu einer anderen Zeit als culpa sich darstellte. Mit einem Worte, ich halte dafür, die Begriffe culpa und casus sind nicht ein für allemal für jeden Ort, für jede Zeit bestimmte, sondern sie wechseln, modificiren sich nach den verschiedenen räumlichen, zeitlichen und persönlichen Bedingungen.

Von dieser Voraussetzung ausgehend, wird es als unzulässig bezeichnet werden müssen, die unabsichtlichen Rechtsverletzungen einer anderen Zeit nach unsern Anschauungen über culpa und casus zu beurtheilen. Wenn behauptet wird, das ältere deutsche Recht habe den Unterschied zwischen culpa und casus nicht gekannt[29]), so mag dies ganz richtig sein, für die Vorstellung, die wir heute mit diesen Ausdrücken verbinden. Damit ist aber für die Rechtsgeschichte nichts gewonnen. Denn für diese kommt es zunächst darauf an, die historischen Begriffe selbst festzustellen, um dann wo möglich ihre Entwickelung bis auf die heutige Zeit verfolgen zu können. —

---

29) So sagt Wilda a. a. O. S. 578: „Eine Theorie der Verschuldung (culpa) ist dem germanischen Recht ursprünglich fremd gewesen. Man unterschied nur Willen und Ungefähr. Das Ungefähr umfaßte beides: culpa und casus, und begründete die Verpflichtung zum Schadenersatz, aber keine eigentliche Strafe." Daraus würde aber noch nicht folgen, daß nicht innerhalb der Grenzen des „Ungefährs" noch Unterscheidungen vorgekommen wären, wie dieselben auch Wilda a. a. O. S. 579 andeutet, wenn man nur nicht die heutigen, sondern die damaligen Begriffe von culpa und casus zu Rathe zog. — Aehnlich sagt Zöpfl deutsche Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 409: Insoferne es sich um die Bestimmung einer Ersatzverbindlichkeit handelt, stehen dolus und culpa ganz gleich." Nach dieser Entscheidung wollen wir den Fall beurtheilen, daß ein scheues Pferd mit seinem Reiter durchginge und jemanden umläuft, der dadurch in irgend einer Weise verletzt wird. Ist dies culpa oder casus? Mit unsern heutigen Begriffen von culpa würde man gewiß nicht unberechtigt sein, wenn man casus annehmen wollte. Das Berliner Stadtbuch, aus dem dieses Beispiel entnommen (vergl. oben not. 23) bestimmt aber Schadensersatz.

Die Unterscheidungen innerhalb der unabsichtlichen Rechtsverletzungen sind nicht das Gegebene, sondern das zu Suchende. — Wenn, so dürfen wir sagen, Unterscheidungen der angedeuteten Art gemacht sind, so müssen sich diese in ihren Wirkungen geäußert haben. Diese Wirkungen zeigen sich in der rechtlichen Beurtheilung der Handlungen; sind diese verschieden, so müssen auch die Ursachen, die unabsichtlichen Handlungen selbst verschieden beurtheilt worden sein.

Wenden wir uns jetzt zu der oben aufgestellten Frage: Von welcher Art ist der Einfluß der Unabsichtlichkeit einer Handlung auf deren rechtliche Beurtheilung gewesen? — so ist diese Frage zunächst auf die weitere zurückzuführen: Wie sind überhaupt unabsichtliche Handlungen beurtheilt worden?

Diese Frage beantwortet sich mit Bezug auf das oben (§. 2 und 3) zusammengestellte Material dahin, daß theils gar keine Verantwortlichkeit für dieselben eintrat, theils Entschädigungspflicht anerkannt wurde. Wir haben demnach den Grund für diese Verschiedenartigkeit zu bestimmen.

Der erste Blick auf die mitgetheilten Quellenzeugnisse beweist ohne Zweifel, daß zwei Erklärungsarten für diese verschiedene Behandlungsart undenkbar sind. Wir finden die wichtigsten derjenigen Rechtsverhältnisse, die ihrer Natur nach überhaupt unabsichtlich verletzt werden können, erwähnt, aber es läßt sich nicht erkennen, daß die objektive Seite der Rechtsverletzung, das gestörte Recht selbst, die eine oder die andere Entscheidung bedingt habe. Ebensowenig könnte die Behauptung gehalten werden, daß die eine Quelle diese, die andere jene Behandlungsweise vorschreibe[30]).

30) Wir finden überhaupt gesprochen von Tödtungen, Körperverletzungen jeder Art, Vermögensbeschädigungen (worunter das Tödten von Thieren und die Brandstiftung ebenfalls zu rechnen ist) Befreiung der Gefangenen. 1) Tödtungen ohne allen nachtheiligen Einfluß; Gosl. Stat. S. 70 Z. 27. mit Entschädigungspflicht: Ssp. II. 38. Gosl. Stat. S. 41 Z. 1. S. 90 Z. 14.

Wenn also weder die objektive Seite der Rechtsverletzung, noch auch die Verschiedenartigkeit der Quellen den Grund für die Entscheidungsnorm bilden kann, so dürfen wir denselben nur auf der subjektiven Seite der Rechtsverletzung, in der Verschiedenartigkeit des Schuldmomentes suchen.

Bei dieser Untersuchung wird es zweckmäßig sein, wenn wir von dem Gegensatz zwischen Entschädigungspflicht und dem Fortfall derselben ausgehen. — Die Rechtsverletzung, mit welcher Entschädigungspflicht verbunden ist, stellt sich aber gegenüber derjenigen, bei der dieses nicht der Fall ist, als die qualificirtere dar. Es kommt also darauf an, das Qualifikationsmoment herauszustellen.

In einzelnen Bestimmungen wird troß der Unabsichtlichkeit das Vorhandensein einer Schuld schon durch den gebrauchten Ausdruck dargethan. So wird warlose in Ssp. II. 38 gesagt. In andern Stellen kommt der Ausdruck van sinen (des Thäters) sculden vor — Ssp. III. 48 §. 3, Richtsteig cap. 44. — Vorsumenisse, Frevel edder Vngehorsam wird im Wendisch Rügianischen Landbrauch Tit. 214 erwähnt. Diese Ausdrücke geben einen Anhaltspunkt für die Untersuchung, sind aber keineswegs so entscheidend, daß wir sagen könnten, wenn jemand ohne warlose rc. gehandelt hätte, so liege ihm die Entschädigungs-

---

Verm. Ssp. IV. 15. 2. Richtsteig cap. 44. Berliner Stadtbuch S. 160. 161. 2) Körperverletzungen ohne Entschädigungspflicht Gosl. Stat. S. 41 Z. 28. Förstemann S. 28. Lübisches Recht I. 61. II. 170. Hamburger Recht 1270 VIII. 5; mit Entschädigungspflicht: Gosl. Stat. S. 41 Z. 28. S. 90 Z. 14. Lübisches Recht III. 368. 3) Vermögensbeschädigung ohne Entschädigungspflicht Förstemann S. 64. 75; mit Entschädigungspflicht Ssp. II. 38, III. 48. Gosl. Stat. S. 90 Z. 14. Lübisches Recht III. 315. Wendisch Rügianischer Landbrauch Tit. 214. Blume des Magdeburger Rechts I. 124. 4) Befreiung eines Gefangenen kommt nur mit Entschädigungspflicht vor. Görlitzer Recht 111. Weichbild 19 §. 7. — Diese Tabelle wird das im Texte Gesagte rechtfertigen.

pflicht nicht ob. Denn es kommen Stellen vor, in denen, trotz der Anerkennung der Entschädigungspflicht, ein die Schuld des Handelnden bezeichnendes Wort sich überhaupt nicht findet[31]), andere, in denen Worte gebraucht sind, die wenigstens für unsere Anschauungen, jede Schuld des Handelnden beseitigen würden, wie vngelucke[32]) von ungeschicht[33]). Endlich wird in noch anderen gesagt, daß man sich mit der Entschädigung nur dann begnüge, wenn die Verhältnisse, welche durch die Worte warlose, schult etc. angedeutet sind, nicht vorliegen[34]).

Daraus scheint denn wohl der Schluß gerechtfertigt, daß wir die Unterscheidungen in dem Schuldmoment der unabsichtlichen Handlungen nicht an der Hand einzelner von den Quellen gebrauchter Worte machen können, indem dieses nur dann möglich wäre, wenn dieselben eine bestimmte technische Bedeutung hätten, was indessen, mit Bezug auf das eben Gesagte, geleugnet werden muß.

Somit ist also nur noch ein Weg denkbar, auf dem wir zu einer Feststellung des der Entschädigungspflicht zu Grunde liegenden Principes gelangen können, nämlich der, die Verhältnisse selbst, welche zur Entschädigungspflicht führen näher in's Auge zu fassen. Hier lassen sich vier verschiedene Kategorien unterscheiden.

1) Es sind bestimmte rechtliche Vorschriften vorhanden, die wir mit Bezug auf unser heutiges Recht als Polizeigesetze charakterisiren können. Wer eine solche Vorschrift übertritt, haftet

31) Gosl. Stat. S. 41 Z. 28—36; S. 90 Z. 14 ff.

32) Lübisches Recht cod. III. 368; Gosl. Stat. S. 41 Z. 1.

33) Verm. Ssp. IV. 1. 3. IV. 15. 2.

34) So begnügt sich das Lübische Recht II, 255 mit der noxae deditio des beschädigenden Thieres, wenn der Eigenthümer sunder (sine) wanhude unde arghelist handelte; Görlitzer Recht 1304 art. 111 und Weichbild verlangen, wenn es bei der Wergeldszahlung für den entwichenen Gefangenen sein Bewenden haben soll, daß die Entweichung geschah ane witsap und ane sine (des Richters) scult und ane sine warlose.

allemal für den in Folge dieser Uebertretung entstandenen Schaden. Als Beispiel mag die ausdrückliche Bestimmung des Ssp. II. 38 angeführt werden, wonach der Eigenthümer eines Privatgewässers nur dann für den aus einer Ueberschwemmung entstandenen Schaden auffkommt, wenn er das Gewässer enes knies ho boven der erde nicht eingedämmt hat.

2) Wir finden eine ganze Reihe gefährlicher Handlungen, gefährlich für das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder Thieren, welche zwar an und für sich nicht verboten sind, deren Natur aber von der Art ist, daß sie, gleichviel unter welchen Umständen und Verhältnissen vorgenommen, den Handelnden zu einer solchen Vorsicht nöthigen, welche einen schädlichen Erfolg mit Sicherheit vermeiden läßt. Zu solchen gefährlichen Handlungen rechnen unsere Quellen das Werfen und Schießen nach einem Wilde oder nach einem angreifenden Thiere, das Umgehen mit Wagen und Pferden oder mit Turniergeräthen außerhalb der Schranken[35]).

Obwohl nun mit Bezug auf diese Handlungen vom Ssp. II. 38 das Wort warlose gebraucht ist, woraus man leicht schließen könnte, daß, wenn nur eine gewisse, gehörige Vorsicht bei Vornahme der gefährlichen Handlung obgewaltet habe, man von der Verpflichtung zum Schadensersatze habe frei werden müssen, so scheint es doch, als wenn auf dieses Wort soviel nicht ankommt, daß ein derartiger Schluß gerechtfertigt sein könnte. Es gab allerdings einen bestimmten Grad von Vorsicht, der jeden nachtheiligen Erfolg abwenden konnte. Dieser wurde aber nicht nach irgend einem allgemeinen, sondern nur nach dem Maßstabe des einzelnen konkreten Falles bemessen. Trat in Folge der gefährlichen Handlung ein schädlicher Erfolg ein, so war in diesem Falle nicht

35) Vergl. hiezu: Ssp. II. 38. Richtsteig cap. 44. Lübisches Recht III. 315. Gosl. Stat. S. 41 Z. 4. Z. 28. Berliner Stadtbuch S. 160. 161.

die erforderliche Vorsicht beobachtet worden. Blieb der schädliche Erfolg aus, so hatte, wenn auch von irgend einem allgemeineren Standpunkte aus mit der größten Unvorsichtigkeit gehandelt worden wäre, dennoch in diesem Falle die erforderliche Vorsicht stattgefunden. — Mag also immerhin der Ssp. in der angeführten Stelle das Wort warlose brauchen, es ist aus demselben nichts weiter zu entnehmen, als daß warlose überall dann anzunehmen ist, wenn eine gefährliche Handlung von einem schädlichen Erfolge begleitet war. — Wir könnten heute leicht geneigt sein zu sagen: Was kann ein unglücklicher Sonntagsreiter dafür, daß ein Pferd mit ihm durchgeht und er so die Veranlassung wird, daß ein Mensch umgerannt und beschädigt wird? Unsere Quellen argumentiren dagegen und gewiß nicht ganz ohne Grund in folgender Weise: Jeder der ein Pferd besteigt, der einen Wagen lenken will, soll wissen, daß er etwas unternimmt, woraus Schaden entstehen kann; weiß er nicht die Zügel zu handhaben, so mag er wegbleiben, wo ihm die erforderliche Geschicklichkeit mangelt; oder thut er es doch, so thue er es wenigstens ebenso wie auf die Gefahr hin, andere zu beschädigen, so auch auf seine Gefahr, andern den durch ihn veranlaßten Schaden zu ersetzen[36]). — Aus dieser Auffassung erklärt es sich, weswegen man in unsern Quellen nach einem technischen Ausdrucke für die unabsichtliche Schuld vergeblich suchen dürfte; es erklärt sich auf die einfachste Weise, warum Ssp. II. 38 von Tödtungen in Folge der warlose spricht, während Verm. Ssp. IV. 15. 2 das mit dem Ssp. gleiche Resultat angiebt und

36) So erklärt sich auch die Bestimmung des Lübischen Recht II. 255. Die Entschädigung — allerdings beschränkt durch die noxae deditio — tritt noch ein, obwohl der Wagenführer sunder sine wanhude unde arghelist gehandelt hat. Es scheint, daß wanhude hier auf eine bestimmt zu präcisirende Unvorsichtigkeit ginge, welche für den Erfolg der arghelist gleich behandelt werden müßte. (Vergl. unten §. 6.) Daß aber die den Schadensersatz rechtfertigende Unvorsichtigkeit vorhanden gewesen, zeigt sich in der eingetretenen Beschädigung.

statt warlose die allgemeinere Bezeichnung von ungeschicht, welcherley daz wer, in Anwendung bringt. Schon oben §. 3 wurde bei der Mittheilung der erwähnten Stelle des Verm. Ssp. darauf aufmerksam gemacht, daß nicht etwa die Stelle so zu verstehen sei, als ob Wergeldszahlung bei der Tödtung eines Kindes schlechterdings, bei der Tödtung eines erwachsenen Menschen aber erst dann eintrete, wenn warlose vorhanden gewesen wäre. Die hier mitgetheilte Deduktion würde für die Erklärung dieser Stellen zu dem Resultate kommen, daß beide genau dasselbe sagen und sich nur hinsichtlich der für den allgemeineren Sinn unwesentlichen Worte von einander unterschieden. Es ist zufällig, daß Verm. Ssp. IV. 15. 2 von der Tödtung eines Kindes handelt. Hätte er statt dessen, unter sonst übrigens gleichen Voraussetzungen, von der Tödtung eines Erwachsenen gesprochen, er hätte kein anderes Resultat aufstellen können. Und ebenso hätte Ssp. II. 38, wenn es sich nur um die Entschädigungspflicht in Folge einer Tödtung gehandelt hätte, das Wort warlose ebensogut fortlassen, oder ein anderes anwenden können, wie es der Verm. Ssp. gethan hat. Da es sich aber um die Feststellung dieses Verhältnisses allein nicht handelte, sondern ein allgemeinerer Grundsatz ausgesprochen werden sollte, so mußte irgend ein Wort gewählt werden, welches die Schuld der Unabsichtlichkeit auszudrücken im Stande war. Daß gerade das Wort warlose gewählt wurde, erscheint mir als etwas Zufälliges; es hätte ein anderes Wort, etwa das Ssp. III. 48 gebrauchte von enes mannes sculden genau dieselben Dienste gethan.

3) Die Entschädigungspflicht wird durch das Nichtbeachten eines für einen einzelnen Fall ausgesprochenen Gebotes begründet, so daß in derartigen Fällen[37]) ohne das Hinzutreten des Gebotes

37) Vergl. Gosl. Stat. S. 90 Z. 14. Lübisches Recht III. 368. Wendisch-Rügianischer Landbrauch Tit. 214.

bei übrigens gleichem Erfolge eine Entschädigungspflicht nicht eintritt. Dieser Fall stimmt mit dem unter 1) angeführten darin überein, daß hier wie dort die Nichtbeachtung eines Gebotes die Schuld begründet, unterscheidet sich aber von jenem in dem Umstande, daß, während dort eine allgemein geltende Bestimmung übertreten, hier nur einem einmaligen Befehl zuwider gehandelt wird.

4) Endlich wird die Schuld durch bestimmte persönliche Verhältnisse begründet, und zwar in der Weise, daß dasjenige, was im Allgemeinen sich noch nicht als Schuld würde auffassen lassen, mit Bezug auf gewisse persönliche Verhältnisse sich als solche darstellt. In unsern Quellen finden wir freilich nur ein einziges derartiges persönliches Verhältniß erwähnt, nämlich das des Richters gegenüber einem durch ihn zu bewachendenden Gefangenen[38]. Halten wir dieses vermöge des Amtes zu einer besonderen Aufmerksamkeit verpflichtende Verhältniß fest, so erklären sich in ziemlich einfacher Weise die sonst allerdings auffallenden Worte der hier einschlagenden Stellen. Es wird nämlich für den Richter, der *absichtlich* einen Gefangenen entweichen läßt, Talionsstrafe bestimmt. Bei der bloßen Wergeldszahlung bleibt man stehen, wenn der Gefangene ane sine (des Richters) witscap und ane sine scult und ane sine warlose entwichen ist. Dasjenige also, was in andern Fällen nur Entschädigungspflicht begründet — scult — warlose, wird vermöge der persönlichen Verhältnisse, der besonderen Verpflichtungen des Richters nicht mehr so aufgefaßt, sondern der witscap, der Absicht gleich behandelt, dasjenige aber, was sonst ohne allen Erfolg geblieben wäre, begründet für den Richter wenigstens noch eine Entschädigungspflicht, so daß sich sagen läßt, man habe in Folge dieses persönlichen Verhältnisses die

38) Vergl. Görlitzer Recht art. 111. Weichbild art 19 §. 7.

unabsichtlichen Handlungen überhaupt um eine Stufe der Strafbarkeit erhöht.

Mag nun aber die Schuld in der einen oder anderen Art begründet sein; als gemeinschaftliche Basis aller dieser Verhältnisse müssen wir den Satz anerkennen, daß der Schadensersatz deswegen gefordert wird, weil der Handelnde die von ihm — entsprechend den Anschauungen der früheren Zeit — zu fordernde Sorgfalt nicht beobachtete. — Will man statt dessen sagen, der Grund der Entschädigungspflicht liege in der culpa des Handelnden, so darf man dieses wohl thun, wenn man nur mit diesem für das heutige Recht technischen Ausdruck keinen anderen Inhalt verbindet als den, welcher durch die voraufgegangenen Ausführungen dargelegt worden ist.

§. 5.

Fortsetzung.

Bisher ist der Begriff der absichtslosen Schuld in der Art dargestellt, daß wir die Fälle, in denen eine Entschädigungspflicht vorgeschrieben ist, auf ihren gemeinschaftlichen Grund zurückzuführen suchten. Deutlicher dürfte dieser Begriff noch durch die Betrachtung seines Gegensatzes werden. Dadurch nämlich, daß wir diejenigen Rechtsverletzungen kennen lernen, welche, da sie nicht einmal einen Anspruch auf Entschädigung gewähren, nicht nur als absichtslose, sondern auch als schuldlose aufgefaßt werden müssen, dürfte der Begriff der absichtslosen Schuld selbst an Präcision gewinnen.

Ehe wir indessen auf die Natur der hier zu behandelnden Rechtsverletzungen eingehen, ist noch auf zweierlei aufmerksam zu machen. Es wäre nämlich denkbar, daß die hier anzuziehenden Quellenstellen zwar die Entschädigungspflicht nicht ausdrücklich erwähnten, doch aber dieselbe ergänzt wissen wollten. Gegen diese

Annahme spricht nun aber zunächst der Umstand, daß es unerklärlich sein würde, weshalb die übrigens gleichen Rechtsquellen in gewissen Fällen die Entschädigungspflicht erwähnen, in andern dagegen über dieselbe schweigen, wenn sie nicht zu diesem Stillschweigen ihren guten Grund gehabt hätten; überdem ist auch die Fassung wenigstens einzelner Stellen von der Art, daß auch die Entschädigungspflicht ausdrücklich ausgeschlossen erscheint[39]). Es könnte sodann noch die Meinung entstehen, daß es nur einzelne Quellen seien, welche Rechtsverletzungen ohne Entschädigungspflicht kennen, wie denn das hier von mir benutzte Material nur aus den Gosl. Stat., den auf Goslaer Recht beruhenden Schöffensprüchen, dem Hamburger und dem Lübischen Rechte entnommen ist. Doch glaube ich, daß einerseits die Verwandtschaft dieser Quellen mit den übrigen für diese Arbeit zu benutzenden eine so nahe ist, daß man schon aus diesem Grunde ähnliche Bestimmungen auch für die übrigen Quellen ergänzen darf. Dazu kommt noch, daß auch gar nicht einmal eine besondere Veranlassung vorhanden war, Grundsätze über den Fortfall der Entschädigungspflicht aufzustellen, da ja das Eintreten derselben an eine schuldvolle Absichtslosigkeit geknüpft war. Dadurch, daß letztere charakterisirt wurde, ergaben sich die Fälle, in denen der Beschädigte keinen Schadensersatz zu fordern hatte, ganz von selbst.

Für die nachfolgende Darstellung dürfte es nun zweckmäßig sein, in ähnlicher Weise wie im vorigen §., die verschiedenen Gründe, welche eine Rechtsverletzung zu einer schuldlosen machen, im Einzelnen zu betrachten. Ich finde in den Quellen folgende:

---

39) So sagt Lübisches Recht cod. I. 61 leso nichil inde penitus respondebit. II. 170: de gene des dat ghebuwe is ne darf deme gesereiden dar umme nicht antworten. — Gosl. Stat. S. 41 Z. 28: dar ne gheyt nen gerichte over. Förstemann S. 75. 76 — den moste de lyden, deme der schaden schege.

1) Der Beschädigte hat selbst, wenigstens die erste Veranlassung zur Beschädigung gegeben. — Hieher gehören folgende Fälle. Ein Schuldner, der in Privathaft gegeben ist und in der Haft durch die Entziehung der Freiheit Schaden erleidet, hat zu diesem Schaden die erste Veranlassung selbst gegeben, indem er die ihm obliegenden Verbindlichkeiten nicht erfüllte. Die nächste Veranlassung des Schadens ist freilich in der Haft selbst, mithin in der Person desjenigen zu finden, der die Haft ausübte. Diese nächste Veranlassung verliert aber deswegen den Charakter des Schuldvollen, weil sie selbst durch den Verletzten herbeigeführt war. — Bei einem Kampfspiele ist der Verletzende derjenige, welcher dem Andern eine Wunde beibrachte, dem andern Theil das Roß tödtete u. s. w. Aber der Verletzte hat dadurch, daß er sich zum Kampfspiel erbot, die erste Veranlassung zur Beschädigung selbst gegeben[40]). Käme es in diesen Fällen nur auf den Erfolg, nicht aber auf die Schuld des Thäters an, so müßte man sagen: der schädliche Erfolg ist durch die Haft entstanden, folglich ist derjenige, der die Haft vollstreckte, zu bestrafen; denn ob er mit oder ohne Schuld gehandelt hat, darauf kommt es nicht an, da das ältere deutsche Strafrecht nur das objektive, nicht aber das subjektive Moment berücksichtigte; — der schädliche Erfolg wird bei dem Kampfspiel durch den Gegner des Beschädigten bewirkt, folglich ist er zu bestrafen; denn Verwundung ist Verwundung, dem Schuldmomente gegenüber verhält sich das ältere deutsche Strafrecht ganz indifferent. — Mit dem eben Besprochenen hängt der folgende zweite Grund sehr nahe zusammen:

2) Der Schaden entsteht in Folge einer kontraktlich übernommenen Verpflichtung[41]). Wenn der Herr dem Dienstboten eine

40) Gosl. Stat. S. 70 Z. 27. Gosl. Stat. S. 41 Z. 32. S. 42 Z. 1—3.

41) Hamburger Recht 1270. VIII. 5 und die oben not. 14 angeführten Stellen.

Arbeit aufträgt, die zu den von dem Dienstboten kontraktlich zu leistenden Arbeiten gehört und letzterer verunglückt bei der Arbeit, er verletzt sich in irgend einer Weise; so wird man noch heute im Munde des Volkes leicht die Bemerkung hören: daran ist nur der Herr Schuld, denn hätte er die Arbeit nicht aufgetragen, so wäre der Dienstbote nicht zu Schaden gekommen. Die Veranlassung des Unglücks hat allerdings der Herr dargeboten, aber nicht die schuldvolle Veranlassung. Denn wer sich zu einer Leistung verpflichtet, verpflichtet sich damit auch zur Uebernahme derjenigen Gefahr, welche mit der Leistung verbunden sein mag. Die Geschicklichkeit, die den Arbeiter befähigt, überhaupt eine Leistung auszuführen, befähigt ihn auch, wenigstens in einem höheren Grade als dies bei andern Menschen der Fall ist, die mit seiner Arbeit nothwendig verbundene Gefahr zu beseitigen — man denke beispielsweise an einen Fabrik- oder Hüttenarbeiter — und sollte dieselbe von der Art sein, daß sie sich auch bei der größten Geschicklichkeit nicht vermeiden läßt, wie z. B. die Gefahr, welcher der Seemann, der Krieger ausgesetzt ist, so wird hierauf bei den Bedingungen des einzugehenden Kontraktes ebenfalls mit Rücksicht genommen.

3) Es giebt besondere Umstände und Verhältnisse, welche das Eigenthümliche haben, daß man unmöglich an das Wohl und Wehe anderer Personen denken kann, sondern genug zu thun hat, wenn man sich nur selbst schützt. Dies findet beispielsweise in dem Trubel eines Vieh- und Pferdemarktes statt [42]). Für die Beschädigungen, welche hier durch Thiere bewirkt werden, kommt der Herr derselben nicht auf. Für gewöhnlich verlangen die älteren Rechtsquellen von dem Herren eines Thieres, daß er diejenigen Vorkehrungen trifft, welche eine Beschädigung durch dasselbe verhindern. Geschieht dieses nicht, zeigt es sich in dem schädlichen Erfolge, daß

---

42) Hamburger Recht 1270. VIII. 5.

der Herr des Thieres nicht vorsichtig genug gewesen ist, so haftet er auch für den entstandenen Schaden[43]). In dem angeführten Beispiele indessen wird die Unmöglichkeit erkannt, solche Vorkehrungen zu treffen, daß niemand durch das zu Markte geführte Thier beschädigt werde. Nicht blos der Herr des Thieres hat unter den angedeuteten Verhältnissen eine obligatio ad diligentiam, sondern jeder, welcher den Markt besucht. Daher die Schuldlosigkeit dessen, welcher absichtslos die Veranlassung zur Beschädigung eines andern darbot.

4) Die Rechtsverletzungen werden nur mittelbar durch einen Menschen veranlaßt, unmittelbar dagegen wirkt ein von menschlicher Berechnung unabhängiges Ereigniß[44]). — Wer ein Bauwerk gründet, giebt damit allerdings die erste Veranlassung zu dem Schaden, der durch das Einstürzen des Gebäudes entstehen kann. Die gewöhnliche Kenntniß eines Hausbesitzers reicht nicht aus, um die Baufälligkeit seines Hauses zu bemerken; daher der Regel nach der Einsturz desselben als ein solches Ereigniß betrachtet werden darf, welches einem Naturereigniß analog zu behandeln ist. Den Eigenthümer desjenigen Hauses, welches in Folge des Alters zusammenbricht, wird man präsumtiv für den dadurch entstandenen Schaden ebensowenig verantwortlich machen als denjenigen, dessen Haus durch den Blitz vernichtet wird. — Erst wenn die Baufälligkeit durch ein sachverständiges Urtheil konstatirt ist, wenn ein Gebot der Obrigkeit zu Vorsichtsmaßregeln auffordert und dessenungeachtet Vorkehrungen zur Abwendung der Gefahr nicht getroffen werden, erst dann ist der Eigenthümer des Hauses nicht nur der Veranlasser, sondern der schuldvolle Veranlasser des aus dem Ein-

43) Vergl. Ssp. II. 40 §. 1. 2. III. 49. Lübisches Recht III. 314. (Hamb. 1270. VI. 19.)

44) Lübisches Recht I. 61. II. 170. III. 368 (am Anfange) Gosl. Stat. S. 90. Z. 14. Förstemann S. 28.

sturze folgenden Unglücks gewesen. Er haftet in diesem letzteren Falle für den entstandenen Schaden[45]).

So unterscheidet das ältere deutsche Recht innerhalb der Absichtslosigkeit das Schuldvolle von dem Schuldlosen. Benutzen wir für das letztere den Ausdruck casus, allerdings unter ähnlichen Beschränkungen, wie diese am Schluß des §. 4 für den Ausdruck culpa angeführt wurden, so können wir sagen: es findet sich im älteren deutschen Recht der Unterschied zwischen culpa und casus, wenn auch das Gebiet, welches jeder dieser Begriffe für sich beansprucht, nicht überall durch dieselben Grenzen wie es heute der Fall ist, eingeschlossen erscheint.

Einen besonderen Grund hat die Straflosigkeit und Befreiung von Entschädigung im Gosl. Stat. S. 41. Z. 28. Es wird hier eine Sitte angedeutet, daß Leute bei gewissen Veranlassungen an gewissen Orten einem allgemein üblichen und geduldeten scherzhaften Gebrauche gemäß mit Wasser begossen werden. Das zierliche italienische Werfen mit Confetti-Kügelchen ist gewissermaßen in das derbere Norddeutsch übersetzt worden. Es liegt in diesem Falle gar nicht einmal eine unabsichtliche Handlung vor, sondern es ist der etwa schädliche Erfolg, der übrigens auch nur in einer geringeren Ausdehnung eintritt, beabsichtigt worden. Da indessen der Handelnde von einem ihm durch die Sitte zugestandenen Rechte Gebrauch machte, so fällt damit der Begriff der Rechtsverletzung fort. Allerdings muß bei dieser Gelegenheit der Scherz in seinen Grenzen bleiben; ein Deckmantel für böswillige Verletzungen darf die in den Gosl. Stat. angedeutete Sitte nicht werden.

Es mag an dieser Stelle nicht ohne Interesse sein, zu prüfen, wie es sich mit dem Beweise über das Nichtvorhandensein der Ab-

45) Gosl. Stat. S. 90. Z. 14.

sichtlichkeit bei den in §. 4 betrachteten Rechtsverletzungen im Vergleich mit den so eben besprochenen verhält. — Das Schuldmoment ist in den beiden von einander gesonderten Kategorien ein verschiedenes und es liegt die Vermuthung nahe, daß diese Verschiedenheit auch auf den Beweis von Einfluß gewesen sein dürfte.

Hier scheint nun eine Regel ziemlich ausnahmslos bestanden zu haben, nämlich die, daß bei Rechtsverletzungen ohne Entschädigungspflicht die Abwesenheit der Absichtlichkeit allemale durch den einfachen Eid dessen, den man wegen Entschädigung oder sonst in Anspruch nehmen mochte, dargethan wurde. Alle Stellen nämlich, welche von einem Beweise in diesem Falle überhaupt sprechen, kennen nur diese Art der Beweisführung[46]). Der Zusatz, welchen Gosl. Stat. S. 70 Z. 27 ff. hat: men ne moghes ine (nämlich den Verklagten, der sich durch seinen Eid reinigen darf) overwinnen, könnte möglicherweise auch für andere Fälle als anwendbar erachtet werden. Dann würde die oben aufgestellte Regel dadurch zu modificiren sein, daß mitunter der einfache Eid des Verklagten durch ein stärkeres Beweismittel hätte überboten werden können. Durch diese Modifikation würde aber die Regel selbst wenigstens in so weit unberührt bleiben, daß an sich der einfache Eid des Beklagten genügte, daß es auch bei diesem Beweismittel sein Bewenden hatte, wenn von der Gegenpartei ein stärkeres nicht zu erbringen war.

Das eben Gesagte wird auch durch die für Rechtsverletzungen mit Entschädigungspflicht aufgestellten Beweisregeln unterstützt. Denn auch für derartige Rechtsverletzungen wird mitunter der einfache Reinigungseid des Verklagten als ausreichend erachtet[47]). — Wenn dieses nun auch, wie erwähnt, nur in einzelnen Fällen ge-

---

46) Gosl. Stat. S. 41. Z. 28. S. 46. Z. 41. S. 70. Z. 27. Lübisches Recht I. 61. II. 170.

47) Lübisches Recht II. 255. Verm. Ssp. IV. 15. 2. Weichbild art. 19 §. 7. Görlitzer Recht art. 111.

schieht, deren übrigens verhältnißmäßig nicht so wenige sind, so erscheint die Annahme, daß auch bei den schuldlosen Verletzungen dieser Beweis genügt haben müsse, allenfalls schon a priori gerechtfertigt, selbst wenn diese Annahme durch positive Zeugnisse nicht bestätigt sein sollte. Diese lassen sich überdem, wie oben gezeigt, in genügender Weise beibringen.

Unter den schuldvollen Verletzungen sind es aber nur einzelne Fälle, in denen der einfache Reinigungseid des Beklagten genügt, in anderen wird dagegen der Beweis selbsieben von dem Beklagten gefordert[48]). — Wir müssen dieses als eine historische Thatsache annehmen; wenigstens bin ich den Quellenzeugnissen gegenüber außer Stande, ein bestimmtes Princip aufzustellen, nach dem man bemessen könnte, in welchen Fällen von dem Beklagten der Eid selbsieben gefordert, und wann der einfache Eid desselben für genügend erachtet wurde. — Nehmen wir auf die einzelnen Quellen Rücksicht, so bestimmen den einfachen Eid: Weichbild, Verm. Ssp.[49]) Görlitzer und Lübisches Recht. Dagegen gehören die Fälle, in denen der Eid selbsieben verlangt wird, den Gosl. Stat. und den Richtsteig an. Daß so die Verschiedenartigkeit des Beweises nicht auf die Verschiedenartigkeit der Quellen zurückzuführen ist, leuchtet nach dieser Zusammenstellung ein. — Beachten wir sodann die Verschiedenartigkeit der Beschädigungen, so sind dieselben entweder solche, welche durch eine Wergeldszahlung beizulegen sind, oder solche, bei denen dies nicht der Fall ist. Nun findet sich allerdings der Eid selbsieben nur dann, wenn es auf eine Wergeldszahlung ankommt; aber auch in diesem Falle begnügt man sich nicht selten mit dem einfachen Reinigungseide. Ersteres findet sich im Gosl. Stat. und im Richtsteig, letzteres im

48) Gosl. Stat. S. 41. Z. 1. Richtsteig cap. 44.

49) Vergl. aber auch Verm. Ssp. IV. 5. 3, wo die Unabsichtlichkeit einer Verwundung durch Eid selbsieben dargethan wird.

Verm. Ssp., Weichbild und Görlitzer Recht. Ja es scheint der Zusatz des Görlitzer Rechts art. 111 — ob man's en nicht verwizzen wil — darauf hinzudeuten, daß man mitunter dem Richter seine gänzliche Schuldlosigkeit bei dem Entweichen des Gefangenen auch schon geglaubt habe, ohne daß man ihn erst noch den Reinigungseid schwören ließ.

Das eben Gesagte läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen:

1) Bei Verletzungen ohne Entschädigungspflicht genügt der einfache Eid des Beklagten.

2) Bei Verletzungen mit Entschädigungspflicht wird bald der einfache Eid, bald der Eid selbsieben gefordert; doch bleibt letzterer, wo er vorkommt, nur auf solche Rechtsverletzungen beschränkt, bei welchen der Entschädigungspflicht durch Wergeldszahlung genügt wird.

Hieraus ergiebt sich denn, daß nur für die schuldlosen Rechtsverletzungen ein Schluß auf die Beweisart gestattet ist; bei Rechtsverletzungen mit Entschädigungspflicht ist dies unstatthaft. — Umgekehrt kann aus der angewandten Beweisart nur dann ein Schluß auf die Art der Rechtsverletzung gezogen werden, wenn der Eid selbsieben vorkommt, da dieser nur bei Rechtsverletzungen mit Wergeldszahlung gebraucht wird.

§. 6.

Bestrafung culposer Rechtsverletzungen.

In dem vorhergehenden Paragraphen wurde gezeigt, daß das ältere deutsche Recht innerhalb der unabsichtlichen Rechtsverletzungen die culposen von den casuellen gesondert habe, wenn auch nicht überall unter Beobachtung derselben Grenzlinie, die wir unsern heutigen Rechtsanschauungen gemäß für diese Unterscheidung zu ziehen gewohnt sind. — Unter den oben angeführten culposen

Rechtsverletzungen finden sich nun nicht wenige, welche wir heute als culpose Verbrechen betrachten und demgemäß mit einer Strafe belegen. Es ist dieses eine Behauptung, die eines weiteren Beweises nicht bedarf. — Aber obwohl dieses der Fall ist, haben wir bis jetzt als einzige Folge, welche unsere Quellen auf die culposen Rechtsverletzungen eintreten lassen, lediglich die Entschädigungspflicht kennen gelernt[50]). Daraus ergiebt sich denn von selbst, daß hier die Untersuchung nicht abgeschlossen sein kann, daß vielmehr, selbst wenn sich irgend welche Beweise für die wirkliche Bestrafung der culposen Rechtsverletzungen nicht sollten anführen lassen, mindestens diejenigen Momente des älteren Strafrechts aufgeführt werden müssen, welche als Anknüpfungspunkte für die später eintretende Bestrafung gedient haben mögen. Denn daß die Bestimmungen der Carolina über die Bestrafung culposer Verbrechen ihre Basis in dem der CCC. voraufgehenden Rechte haben werden, das ist eine Annahme, welche der ganzen historischen Bedeutung dieses Gesetzes nach wohl als gerechtfertigt erscheinen muß.

Hier ist nun auf Folgendes aufmerksam zu machen. Eine Verantwortlichkeit über die Entschädigungspflicht hinaus findet schon überall da statt, wo die zu leistende Entschädigung in der Zahlung des Wergeldes besteht. Denn nach allgemein bekannten Bestimmungen (Ssp. III. 32 §. 10, Richtsteig cap. 44 §. 4) ist in allen denjenigen Fällen, in denen der Kläger ein Wergeld erhält, der Richter berechtigt, das Gewedde zu fordern. Wenn nun auch rein äußerlich aufgefaßt, das Gewedde sich nur als ein accessorium zum Wergelde darstellt, so liegt doch in dem Umstande, daß gewisse unabsichtliche Verletzungen als solche aufgefaßt werden, für welche dem Richter ein Friedensgeld zu zahlen ist, der Gedanke

50) So rechnet auch der Richtsteig cap. 44 die Klage wegen einer culposen Töbtung zu den „vermengten Klagen" — de me pinlik ansat unde doch borgerlik wert.

ausgesprochen, daß durch diese Verletzung nicht nur der Beschädigte allein, sondern überhaupt der ganze Rechtszustand Schaden genommen habe, daß deswegen auch eine Form der Entschädigung gewählt werden müsse, welche nicht blos eine Besserung des verletzten individuellen, sondern auch des verletzten allgemeinen Rechts gewähre. — Culpose Tödtungen und Lähmungen von Thieren werden wir heute nicht mehr als Rechtsverletzungen der bezeichneten Art auffassen. Daß wir dagegen culpose Tödtungen und Verwundungen eines Menschen heute noch strafen, dürfte einen historischen Erklärungsgrund in dem Gewedde finden, welches für diese Rechtsverletzungen in früherer Zeit dem Richter zu zahlen war.

Dazu kommt nun noch, daß in den Quellen die Beispiele von einer Verwandlung der Geldstrafe in eine Freiheitsstrafe gar nicht selten sind; wie denn überhaupt der Gedanke, eine Geldschuld könne in der einen oder andern Weise zu einer Entziehung der persönlichen Freiheit führen, dem älteren Rechte durchaus geläufig gewesen ist. Wir müssen hier folgende Fälle von einander unterscheiden:

1) Es hat Jemand nach Ablauf einer bestimmten Frist eine Schuld zu tilgen, kann aber, obwohl materiell vielleicht vollkommen solvent, augenblicklich nicht diejenigen Erfordernisse erfüllen, von denen die Gewährung eines Kredites abhängig ist. Hiefür bestimmt Richtsteig cap. 44 §. 4. Heft he (nämlich der Verklagte, welcher zur Wergelds- und Geweddezahlung verurtheilt ist) denne in deme richte nen gut unde heft he nene borgen, so vrage he, we en vor dat geld beholden scal. So vinme de vronewalt. Die Freiheitsentziehung, um welche es sich hier handelt, bezieht sich gar nicht auf die wirkliche Insolvenz des Schuldners, was schon daraus hervorgeht, daß derselbe, obwohl er erst nach 12 Wochen die Zahlung zu leisten hat, dennoch schon jetzt unmittelbar nach gesprochenem Urtheil in der Haft gehalten wird. — Es ist diese Haft eine vorübergehende, welche längstens 12 Wochen

dauern kann, nämlich von dem Tage der gerichtlich ausgesprochenen Verbindlichkeit bis zu dem Zahlungstermine[51]) und welche allemale durch genügende Bürgschaft beseitigt werden kann. Dieser Freiheitsentziehung würde sich der Verurtheilte unterziehen müssen, selbst wenn er materiell solvent wäre, um nach Ablauf der zwölfwöchentlichen Frist seinen Verbindlichkeiten genügen zu können.

2) Es hat Jemand eine Schuld zu tilgen und ist insolvent. Hier werden wir die civile Schuld von der Geldstrafe sondern müssen.

a. Freiheitsentziehung des (aus einer Civilschuld verurtheilten) Schuldners. Ssp. III. 39 §. 1. Sve so scult vor gerichte vorderet up enen man, der he gelden nicht ne mach noch burgen setten, de richtere sal ime den man antwerden vor dat gelt, den sal he halden gelik sinem ingesinde mit spise unde mit arbeide. Wil he ine spannen mit ener helden, dat mach he dun, anderes ne sal he ine nicht pinen. §. 2. Let he ine oder untlopt he ime, dar mede n'is he des geldes nicht ledich, die wile he ime nicht vergulden ne hevet, unde he dat nicht vulbringen ne kan, so is he immer sin pand vor dat gelt[52]). Die Freiheitsentziehung hat hier einen doppelten Zweck. Entweder der Schuldner arbeitet bei dem Gläubiger den Betrag seiner Schuld ab, — dann würde er ihm die Schuld vergolten haben und frei werden — oder es ist die persönliche Haft nur ein Zwangsmittel, um die Leistungsfähigkeit des Schuldners so hoch wie möglich zu spannen, um seine Freunde etwa zu veranlassen für ihn zu zahlen oder sich für ihn zu verbürgen. — In keinem Falle ist die Freiheitsentziehung an sich als ein Aequivalent für die verfallene Schuld aufzufassen. Der Gläubiger würde allenfalls für eine ganz

---

51) Richtsteig cap. 44 §. 4.

52) Vergl. auch Verm. Ssp. III. 9. 3. Görlitzer Recht art. 98. Magdeb. Fr. II. 2. 18. Hamburger Recht 1270. IX. 13.

geringe Schuld seinen Schuldner bis zu dessen Tode mit einer helden spannen dürfen und dann doch noch berechtigt sein von den Erben desselben die Tilgung der Schuld zu verlangen.

b. Freiheitsentziehung wegen einer verwirkten Geldstrafe. Zu diesem Falle würde gehören, wenn Jemand zu einer Buße, zu einem Gewedde oder zu einer sonst bestimmten Geldstrafe verurtheilt wird, während die Verurtheilung zur Zahlung des Wergeldes richtiger als zu dem vorhergehenden Falle gehörig aufzufassen ist. — Wir müssen nun im Allgemeinen sagen, daß bei einer irgendwie erkannten Geldstrafe derjenige Gläubiger ist, welcher die Berechtigung hat, die verwirkte Strafe in seinem Interesse einziehen zu lassen, Schuldner ist der zur Zahlung der Geldstrafe Verurtheilte. — Wenn daher die Rechtsquellen für die Geldstrafen keine besonderen Vorschriften getroffen haben, so würden die für Exekution der Geldschuld getroffenen Bestimmungen hier ebenfalls Platz greifen. Und dieses scheint auch allerdings das Gewöhnliche gewesen zu sein. Dagegen kennen aber das Lübische und Hamburger Recht eine Freiheitsentziehung, welche als eigentliche Freiheitsstrafe an Stelle der verwirkten Geldstrafe tritt und durch deren Verbüßung der Verurtheilte von jeder weiteren Verbindlichkeit frei wird. — Als Beweis des eben Gesagten führe ich an: Lübisches Recht II. 140. Van slande de lemede maket. So war ienech man den anderen sleit also dat eme uan der slachtinghe wert en lemede claghet he dat de iene de ene dus geslaghen heuet schal eme vnde deme voghede vnde der stat beteren sestich schillinghe vnde schal deme de dar is ghelemet gheuen tein mark suluers vor sine lemede weret oc also dat he van armode dat ghelt nicht gheuen ne mochte he schal dar uore eten brot vnde water tein weken in deme torne vnde dar na schal men ene vt der stat wisen vnde he ne mach oc der stat nicht weder krighen ane des willen de dar is ghelemet. — Also principaliter wird eine Geldstrafe bestimmt, im Unvermögens-

falle des Verurtheilten tritt an deren Stelle Gefängnißstrafe von bestimmter Dauer — 10 Wochen — mit welcher gewissermaßen als accessorische Strafe die Verbannung aus der Stadt verbunden ist. — Indem hinsichtlich der letzteren bestimmt wird, daß der Verbannte ohne den Willen des Beschädigten nicht zurückkehren dürfe, so ist in dieser Bestimmung ein Anklang an die früheren Verhältnisse, welche dem Verletzten einen beinahe ausschließlichen Einfluß auf die Persönlichkeit des insolventen Verurtheilten gestatteten, nicht zu verkennen. Auch jetzt gestattet man dem Verletzten noch einen gewissen, wenn auch weit beschränkteren Einfluß auf das fernere Schicksal des Verurtheilten. Dieser mußte, um die Nachtheile der Verbannung zu beseitigen, sich mit dem Verletzten in irgend einer Weise vergleichen, ihn irgendwie zu begütigen suchen; wir können vielleicht sagen, es blieben dem Beschädigten die Wirkungen einer obligatio naturalis gegen den Verurtheilten; sein Klagrecht hatte er aber verloren, sobald jener die Freiheitsstrafe verbüßte.

Lübisches Recht III. 154. Spreket yement up ener vrouwen vnde joncfrouwen dat he se hebbe beslapen vnde sy syn echte wyff vnde ghehantruwet hebbe wert he dar ane vorwonnen dat des nicht en sy vnde dar ane vnrecht ghesproken hebbet so schal dat beteren vnde wedden mit LX marken der schal hebben de vrouwe eder joncfrouwe twe deel vnde dat driddendeel de stat vnde dat driddendeel dat gherichte. En heft he des geldes nicht he schal dar vor eten water vnde brot II jar dar na schalmen ene setten vp den kak vnde wysen en dar na ut der stat.

Auch hier wird principaliter eine Geldstrafe bestimmt, die sich im Unvermögensfalle des Verurtheilten in eine Gefängnißstrafe mit hinzutretender Verbannung und entehrender Strafe verwandelt, wodurch dann jede Forderung gegen den Verurtheilten aufgehoben wird. — Bei dieser Stelle ist noch auf die Eigenthümlichkeit der

Rechnung aufmerksam zu machen. Von den 60 Mark soll, wenn sie gezahlt werden, die Verleumdete zwei Theile erhalten, also 40 Mark, ein Drittel die Stadt, also 20 Marken, wodurch denn die 60 Mark voll würden. Aber außerdem soll noch ein Drittel der Richter haben, um dessen Antheil es freilich nach der eben angeführten Rechnung übel aussehen würde. Es scheint als ob die Bestimmung so zu verstehen ist, daß die 60 Mark in 3 Theile getheilt werden sollen, von denen ein Theil der Verleumdeten, ein Theil der Stadt und ein Theil dem Richter gebührt. Das Drittel aber, welches die Verleumdete erhält, soll zwei mal so groß sein als jedes derjenigen Drittel, welche für die Stadt und den Richter bestimmt wurden. Daraus ergiebt sich denn, daß die Verleumdete 30 Mark, die Stadt 15 und der Richter ebenfalls 15 Mark erhält.

Eine weitere Bemerkung erscheint mir aber wichtiger. In der oben angeführten Stelle Lübisches Recht II. 140 betrug die principale Geldstrafe 60 Mark, und es mußten außer den 60 Marken, welche lediglich der Stadt zugewiesen wurden, noch 10 Mark dem Verletzten gezahlt werden Dennoch wurde dort als Aequivalent der Geldstrafe, die in ihrem Gesammtbetrage sich auf 70 Marken belief, eine Freiheitsstrafe von nur 10 Wochen bestimmt, während in der zuletzt angeführten Stelle (Lübisches Recht III. 154) den principaliter zu fordernden 60 Mark außer der Ehrenstrafe eine Gefängnißstrafe von nicht weniger als 2 Jahren substituirt wird. Da sich nicht annehmen läßt, daß in der Zeit, welche zwischen der Compilation des Lübischen Rechts cod. II. und der des cod. III. liegt, der Geldwerth ein so viel höherer geworden sei, daß der spätere Geldwerth zu dem früheren sich verhielte wie zwei Jahre zu zehn Wochen, da wir im Gegentheil eher ein Sinken des Geldwerthes vermuthen müssen, so ist auch der Erklärungsgrund des eben berührten Umstandes anderswo zu suchen. Ich glaube, daß die in den beiden Stellen angeführten Geldzahlungen die ursprünglichen Bußsätze sind, welche einer Zeit der Rechtsentwickelung

angehören, in welcher man eine Verleumdung eines unberüchtigten Frauenzimmers nicht für strafbarer hielt als eine Lähmung. Obwohl diese Anschauung der weiteren Rechtsentwickelung nicht genügte, mochte man doch aus Achtung vor dem Althergebrachten von den ursprünglichen Bußsätzen nicht abweichen und begnügte sich damit, die statt der Bußzahlungen eventuell eintretenden Freiheitsstrafen so zu normiren, wie dieses der neueren Auffassung über die Größe der Vergehen entsprechen mochte. Für diese Ansicht scheint mir übrigens zu sprechen, daß wir von derselben ausgehend in den anfänglich eventuell neben die Bußzahlungen gestellten Freiheitsstrafen einen ganz naturgemäßen Uebergang von den Bußzahlungen zu den Freiheitsstrafen überhaupt erblicken können. Das fortgeschrittene Rechtsbewußtsein mochte sich anfänglich damit begnügen, diejenige Strafe, die man in Wahrheit für die der Größe des Vergehens entsprechende hielt, vorläufig nur als eventuelle Strafe hinzustellen. Dieser Zustand konnte indessen nur ein Uebergangsstadium bilden, welches nothwendigerweise dahin führen mußte, dasjenige, was anfänglich noch als alte Gewohnheit conservirt wurde, gänzlich zu beseitigen und nur die dem neueren Rechtsbewußtsein gemäß gebildeten Freiheitsstrafen als ausschließliche beizubehalten.

Es ist noch weiter anzuführen Lübisches Recht III. 353 (womit übereinstimmt Hamburger Recht 1270. IX. 2; 1292. M. 2 und 23; 1497. M. 6. und B. 14.) So welk man den anderen wundet mit egge wapene deme schalmen de hant aff slan So we ouer den anderen sleyt blot offte blauw mit stocken dat schal he beteren mit III punden deme voghede vnde dem rade vnde deme cleghere Sleit ouer en man dem anderen sunder blot vnde blaw ofte vorachtet he enen mit bosen worden dat schal he betren mit XII sz. dem rade vnde dem cleghere. So we ouer dry punt weddet vnde en heft he nicht mede to betalende he schal in des woltboden hus IIII weken water vnde

brot vor synen broken eten vnde de cost schal de clegere gelden. — Auch hier ist die subsidiäre Freiheitsstrafe an Stelle der Geldstrafe eingeführt. Die Stelle zeigt in mancher Beziehung, daß das System der Freiheitsstrafen in dem Lübischen und Hamburger Recht noch nicht zum Abschluß gediehen ist. Zunächst ist darauf aufmerksam zu machen, daß nur für denjenigen eine Freiheitsstrafe substituirt ist, der nicht im Stande ist, die 3 Pfund zu zahlen, wie es indessen mit demjenigen gehalten werden solle, welcher etwa aus Unvermögen die 12 Schillinge nicht zahlen kann, darüber wird nichts gesagt. Bei der geringeren Summe mag allerdings der Verurtheilte seltener insolvent gewesen sein. Aber wenn er es dennoch war?! Es bleibt hier keine andere Möglichkeit übrig, als die, daß er für seine Schuld den Bestimmungen des Sachsenspiegel gemäß so lange in Haft gehalten wurde, bis er Zahlung leistete. Da nun der Gläubiger nicht verpflichtet war, seinen Schuldner den Betrag der Schuld abarbeiten zu lassen, sondern denselben auch fesseln konnte, so war es immerhin möglich, daß faktisch die Freiheitsentziehung für denjenigen, der nur 12 Schillinge zu zahlen hatte, ebenso lange, selbst länger dauerte, als für denjenigen, dessen Schuld sich auf 3 Pfund belief. — Und sodann ist bei dieser Stelle zu beachten, daß der Gläubiger verpflichtet wird für den Schuldner, der gefänglich eingezogen wird, die Kost zu bezahlen. Diese Bestimmung entspricht dem Sachsenspiegel vollkommen. Aber nach dieser Rechtsquelle wird der Schuldner dem Gläubiger übergeben, nur in des Gläubigers Interesse, womit dann auch in Einklang steht, daß über die Dauer der Haft nichts bestimmt ist, diese sich vielmehr lediglich nach dem Interesse des Schuldners richtet.

Wenn dagegen, wie dieses hier der Fall, die Dauer der Freiheitsstrafe bestimmt wird, so nimmt diese selbst den Charakter einer im öffentlichen Interesse vollzogenen Strafe an, womit es dann unvereinbar sein würde, daß der Schuldner die Kost des Gefangenen

bezahlen soll. Denn sollte hiezu der Schuldner keine Lust haben, so würde der Verurtheilte, sobald er insolvent ist, jeder Strafe entgehen, da ein Zwang gegen den Verletzten, die Unterhaltungskosten des Verurtheilten aufzubringen nicht gut denkbar ist. Denn man kann unmöglich jemanden deswegen zu pekuniären Opfern zwingen, weil die ihm zugefügte Verletzung bei der Insolvenz des Schuldners eine Freiheitsstrafe nöthig macht. Indem nun das Lübische Recht einerseits für den insolventen Injurianten eine Freiheitsstrafe von bestimmter Dauer anordnet, andrerseits aber auch dem Injuriirten die Verpflichtung auferlegt, für den in Haft Befindlichen Sorge zu tragen, so erkennt man hierin recht deutlich die Uebergangsbestimmung, welche gewissermaßen nur mit einem Fuß in dem Systeme der öffentlichen Strafen, mit dem anderen dagegen noch in dem älteren Systeme des Sachsenspiegels steht, nach welchem lediglich im Interesse des Gläubigers und durch diesen selbst die Freiheitsentziehung vollstreckt wurde.

Anders spricht sich hinsichtlich des zuletzt beregten Punktes das Hamburger Recht aus: Hamburger Recht 1270 XI. 2. Vnde so welk man en vorsat sleit, vnde nen gelt ne heuet mede to beterende, de schal twelf weken eten water vnde brot in der hechtnisse in des woltboden hus vor sinen broke: vnde de kost schal gelden de stat. Hier wird also ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die Kosten einer im öffentlichen Interesse vollzogenen Freiheitsstrafe nicht von dem Verletzten, sondern von der Gemeinschaft getragen werden müssen. — Uebrigens wird die hier bestimmte Freiheitsstrafe nach 1292 L. 2 noch geschärft: So — nach Verbüßung der Strafe — scal he uter stat uaren, unde nicht meir darin komen, he ne hebbe sinen broke ghelegeret; eine Bestimmung, bei welcher eine gewisse Analogie mit dem Schlußsatze des Lübischen Rechts II, 140 nicht zu verkennen ist. Während dort freilich die Möglichkeit der Rückkehr von dem Willen des Verletzten abhängig gemacht wird, hat nach dem

Ausspruche des Hamburger Rechts die Stadt selbst die Rückkehr zu gestatten und gewährt diese Erlaubniß nicht eher als bis die Brüche von dem Verurtheilten gezahlt sind.

Beiläufig kann angeführt werden, daß auch mitunter statt der Freiheitsstrafen entehrende Strafen als Surrogatstrafen ausgesprochen sein mögen; wenigstens findet sich dafür ein ganz bestimmtes Beispiel im Hamburger Recht 1292 M. 29: (1497. M. 19.) So wanne frouwe oft man in vordechtliken steden besehn van auertredinghe vnd ebrekerie werden bewand, mach de vaged mit medewetende der richteheren dorch der stad wechtere vnd denere darup laten waren, vnd vmme de warde to uorkuntschuppende mogen de denere venstre oft doren mit list openen, breken edder upstoten, dar men sodann is vormodende: vnd so de naket sampt werden behardet, oft susz in nachtslapener tyd sunder bernende karsen allene bi enander werden befunden, schal men de in de hechte setten, vnd schollen elk deme rechten wedden sostich mark, edder men schal se vp den kack setten. Hier ist schon als principale Strafe Freiheitsstrafe und Geldstrafe kumulirt und die entehrende Strafe tritt als Surrogat ein für die verwirkte Geldstrafe. Wenigstens dürfte es das Wahrscheinliche sein, daß das setten up den kack nur stattfindet, wenn der Verurtheilte unvermögend ist, obwohl die Worte der Stelle auch die Möglichkeit der Annahme gestatten, daß je nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles bald die Geldstrafe, bald die entehrende Strafe hätte ausgesprochen werden können, so daß also selbst derjenige Verurtheilte, der die Vermögensstrafe zu zahlen im Stande gewesen wäre, sich der entehrenden Strafe hätte unterziehen müssen.

Dieser so eben gemachte Erkurs hatte den Zweck, zu zeigen, daß in dem älteren deutschen Rechte an Stelle der Gewedde- und Bußzahlungen Freiheitsstrafen bestimmt wurden; daß, obwohl diese Freiheitsstrafen nur als Surrogatstrafen auftreten, in

ihnen doch der Uebergang gefunden werden darf, welcher von dem Systeme der Gewedde- und Bußzahlungen zu dem der Freiheitsstrafen und der leichteren öffentlichen Strafen überhaupt stattfand. — An der Hand der Quellen konnten wir diesen Uebergang freilich nur für die leichteren dolosen Rechtsverletzungen andeuten. Aber die Vermuthung liegt doch sehr nahe, daß, wenn bei den leichteren dolosen Vergehen statt Gewedde und Buße eine Freiheitsstrafe bestimmt wurde, auch bei den bedeutenderen culposen Rechtsverletzungen statt des Geweddes und Wergeldes dasselbe eingetreten sein werde; und wir dürfen dieses um so eher annehmen, als die beiden Institute Wergeld und Buße mitunter auch wohl etwas ineinander fließen. Für den Ssp. [53]) freilich lassen sich dieselben genau auseinander halten, doch ist schon der ältere lateinische Ausdruck für beide gleichmäßig compositio und bald nach dem Ssp. ist die Wendung nicht ungebräuchlich: „er soll mit dem Wergeld büßen“ [54]).

Eine ausdrückliche Bestimmung für die Strafbarkeit culposer

53) Vergl. Ssp. III. 48, woselbst §. 2 Wergeld und außerdem noch Buße zu zahlen ist.

54) Beispielsweise mag ein in der Zobel'schen Ausgabe des Ssp. abgedrucktes Leipziger Schöffenurtheil angeführt werden. Nachdem nämlich F. 556 zunächst über die „aus fürsatz, mit wolbedachtem mute vnnd arge list“ begangenen Brüche gehandelt ist, heißt es dann weiter: „Wo aber solche brüche nicht mit fürsatz vnd argelist, sondern aus verwarlosung oder vnfürsichtigkeit geschehen, Als ob ein vnsinniger oder vnweiser mensch oder ein kindt einen tödtet, oder ob einer einen erwürffe oder erschösse, so er nach einem vogel, oder anderm thier schösse oder würffe, oder ein haus decket, vnd von vngeschicht ein ziegel oder latte von dem Haus fiele, oder so einer in einem walde einen baum fellet, vnd schlüge also durch solch fallen einen menschen todt, vnd einer thet bey solchen dingen mit verwarnunge und rüffung seines geschreis, oder eines andern zeichens, dadurch sich die leute möchten hüten vnnd fürsehen, seinen besten fleis, desselbigen busse ist des todten wehrgeldt, nachdem jhm das nach verordnung des Rechten, nach seiner Geburt gesetzt ist, Als nemlich rc. . . folgen die einzelnen Wergeldssätze.

Rechtsverletzungen enthält eine oben (§. 3) bereits angedeutete Stelle des Verm Ssp. II. 2. 12. Die Stelle lautet:

Eyn iczlich bruwer, der do had bruehuser adder backehuser adder ferwehuser, oder fuwermuren in den husern adder in den dorczen adder in den smedden, daz sal man bewarn unde sichern, daz kein schade dovon gesche, wen daz ist wissentlich fur; denn waz eyn man von rechte bewarn sal unde tud des nicht, bekumpt dovon schade von fursnod, adder von andern sachen, den sal her sinen nackeburn allen richten, also verne als sine guter gereychen mogen, ioden manne noch der gute margczal, unde dornoch liden noch der stad geseccze. Queme abir fur von ome usz in andern gemachen, wen dy he von irsaczten rechten bewarn sulde, tud her dorczu sinen eyd, daz is om leyt sy, unde ane sine schuld, so ist her ledig der nod.

Zur Erklärung dieser Stelle liegt es sehr nahe an die oben (§. 3) mitgetheilte Sachsenspiegelstelle (II, 38) anzuknüpfen. Es wurde dort unter anderen auch von Brandstiftung gesprochen, welche in Folge einer Nachlässigkeit — warlose — entstanden war. Hier ist ebenfalls nur Nachlässigkeit, Unachtsamkeit als Veranlassung des Brandes zu denken. Denn wenn der Verm. Ssp. auch die Worte braucht — wen daz ist wissentlich fur — so kann dies doch nur so verstanden werden, daß in gewissen Fällen und unter gewissen Umständen, die geeignet sind, jemanden zu ganz vorzüglicher Sorgsamkeit zu veranlassen, auch schon die bloße Unachtsamkeit hinsichtlich der strafrechtlichen Behandlung, die sie erfährt, dem wissentlichen, d. h. absichtlichen Handeln gleich geachtet werden solle. Es ist nämlich in der mitgetheilten Stelle von solchen Handwerkern gesprochen, deren Gewerbe einen häufigeren Gebrauch des Feuers mit sich bringt. Dieser Umstand bedingt zwar einerseits eine größere Gefahr, andrerseits aber erhöht das fortdauernde Umgehen mit dem gefährlichen Element die Fähigkeit, dasselbe zu

beherrschen. So wird man denn von derartigen Gewerbtreibenden einerseits eine erhöhte Sorgsamkeit verlangen dürfen, und andrerseits muß, wenn ein Unglück in Folge einer Nachlässigkeit entsteht, diese selbst um so strafbarer erscheinen. Während also der Sachsenspiegel nur von warlose im Allgemeinen spricht, wird hier namentlich von der warlose gewisser Klassen von Gewerbtreibenden gesprochen und diese als eine strafbare charakterisirt — unde dornoch liden noch der stad geseccze. — Der letzte Abschnitt der Stelle — Queme abir — ledig der nod, bezieht sich auf denjenigen Brand, welcher zwar in der Wohnung, nicht aber in der Werkstätte des Gewerbtreibenden ausbricht. Für den dadurch entstandenen Schaden gelten dieselben Bestimmungen, die Ssp. II. 38. ausgesprochen hat und fällt dann die Strafbestimmung fort.

So sehen wir die culpose Brandstiftung nach der Auffassung des verm. Ssp. mitunter einen so hohen Schuldgrad enthalten, daß die einfache Entschädigungpflicht nicht als genügend erachtet wurde. Man hielt Strafe für nothwendig. Der Ausdruck — liden noch der stad geseccze — scheint darauf hinzudeuten, daß hier an eine solche Strafe zu denken sei, welche auf keinem anderen Rechtsgrunde als auf städtischer Willkühr beruht. Diese Strafen, wo sie vorgeschrieben sind, treten niemals als absolut bestimmte, sondern — wenigstens bis zu einem gewissen Grade — als arbiträre Strafen auf[55]). — Daher glaube ich den Sinn der obigen Worte dadurch am besten wiederzugeben, wenn ich dieselbe in folgender Weise in die heutige Rechtssprache übertrage: Wenn durch die Fahrlässigkeit eines Gewerbtreibenden, der zu seinem Gewerbe die Anlage von Feuerstätten braucht, ein Feuer entsteht, so ist, abgesehen von der dem Schuldigen obliegenden Entschädigungspflicht, derselbe mit einer arbiträren Strafe zu belegen.

---

55) Vergl. unten die Lehre von den arbiträren Strafen und der Begnadigung.

Nun wird weiter unten dargethan werden, daß wenigstens der Regel nach die auf städtischer Willkühr beruhenden arbiträren Strafen nicht peinliche Strafen waren, sondern nur beliebige Bußsatzungen und Verbannung aus der Stadt auf beliebige Zeit umfaßten[56]). Daraus würde denn zu ersehen sein, daß, obwohl der verm. Ssp. sagt, man solle die von ihm beschriebene culpose Brandstiftung als wissentliche Brandstiftung auffassen, dennoch die Strafbestimmung für dieses Vergehen lange nicht die Strafbestimmung für dolose Brandstiftung erreicht. Denn nach Ssp. II. 13 §. 5 wird, selbst wenn die Brandstiftung nicht als Mordbrand qualificirt ist, dennoch die Schwertstrafe ausgesprochen; und der verm. Ssp. beruht hinsichtlich der Bestrafung der Ungerichte durchaus auf Sachsenspiegelgrundsätzen, wie dieses beispielsweise eine Vergleichung von Ssp. II. 13 §. 4 mit verm. Ssp. IV. 13. 1. ergiebt[57]).

Es finden sich aber auch Quellenbelege dafür, daß ein aus wanhude bewirkter Schaden dem absichtlich herbeigeführten vollständig gleich behandelt wird. Hier ist zurückzuverweisen auf drei oben (§. 3) bereits mitgetheilte Stellen, nämlich Lübisches Recht II. 255, Görlitzer Recht art. 111. Weichbild art. 19 §. 7. Aus diesen Stellen geht hervor, daß man sich mit dem Schadensersatze nur dann begnügte, wenn nicht nur die Abwesenheit der arghelist, witscap, oder wie sonst die Ausdrücke des dolosen Handelns gewählt sein mögen, dargethan war, sondern auch die Abwesenheit von wanhude, scult, warlose, erwiesen werden konnte. War dieses nicht möglich, so wurde die aus warlose begangene Rechtsverletzung dem absichtlichen Verbrechen gleich behandelt. Mögen immerhin die in diesen Stellen zur Bezeichnung der culpa gewählten Ausdrücke nach der Intention der Quellen auf

56) Siehe vorläufig: Magdeb. Fr. I. 1. 11.
57) Vergl. Ortloff S. 768.

einen vorzüglich hohen Grad der Fahrlässigkeit hindeuten; es bleibt doch immer das Resultat bestehen, daß in gewissen Fällen für culpose Rechtsverletzungen eine Bestrafung für nothwendig erachtet wurde und daß man, um dieselbe zu ermöglichen, sich selbst nicht scheute, mit den culposen Rechtsverletzungen in das Gebiet des dolus hinüberzugehen[58]).

Ueberblicken wir nun das Vorhergehende, um festzustellen, für welche einzelne culposen Rechtsverletzungen eine Strafbarkeit in der einen oder anderen Form anerkannt wurde. Die Quellen erwähnen als solche: culpose Tödtungen und Verwundungen von Menschen und einzelnen Thieren, culpose Brandstiftung, culposes Entweichenlassen eines Gefangenen. Sehen wir von der culposen Tödtung und Verwundung von Thieren ab, so finden wir schon im älteren Strafrechte die wichtigsten derjenigen culposen Rechtsverletzungen, die wir noch heute als culpose Verbrechen charakterisiren, als Fälle strafbarer culpa qualificirt.

Stellen wir nun weiter die Strafmittel zusammen, deren sich das ältere Recht zur Bestrafung der culposen Verbrechen bediente, so finden wir:

1) Geweddezahlung neben der Wergeldszahlung, die sich gegen Ende des Mittelalters in eine Freiheitsstrafe verwandelt zu haben scheint.

2) Arbiträre Strafen, welche mit der unter 1) angeführten darin übereinstimmen, daß auch sie der Regel nach sich nicht auf peinliche Strafe erstrecken.

---

58) Noch prägnanter zeigt sich das Hinüberziehen der culposen Rechtsverletzungen in das Gebiet des dolus im Kulm V. 15. 16. 17. 25. Diese Stellen waren hier aber zu übergehen, da sie nicht norddeutsches Recht, sondern Schwabenspiegelrecht enthalten. Die entsprechenden Stellen des Schwabenspiegels sind: (Laßberg) 182. 183. 184. 204 und 205. Vergl. Stobbe in der Ztschr. für deutsches Recht Bd. XVII. S. 429.

3) Die culposen Rechtsverletzungen werden den dolosen gleich behandelt, wo dann natürlich peinliche Strafen eintreten.

Mag nun noch eine Andeutung darüber gestattet sein, wie sich die CCC bei ihren Strafbestimmungen für culpose Verbrechen zu dem älteren Rechte verhält. — Daß derselben eine ziemlich unsichere Praxis voraufging, dürfte aus den vorhergehenden Auseinandersetzungen deutlich sein und es mußte sich für die CCC die Aufgabe herausstellen, diese Unsicherheiten möglichst zu beseitigen.

Zunächst würde CCC. art. 146 zu erwähnen sein. Der Artikel enthält Beispiele von straflosen und strafbaren Tödtungen, welche letztere strafbar sind, obwohl die Absicht zu tödten dem Angeschuldigten nicht nachgewiesen werden kann. Von diesen letzteren heißt es: der thätter keyner würd gnug entschuldigt, Aber dannocht ist mer barmhertzigkeit bei solchen entleibungen, die vngeuerlich auss geylheyt oder vnfürsichtigkeit, doch wider des thätters willen geschehen, zuhaben, dann was arglistig vnd mit willen geschicht, Vnd wo solche entleibung geschehen, sollen die vrtheyler bei den verstendigen so es vor jn zu schulden kompt, der straff halb radts pflegen. Diese Bestimmung der CCC. beantwortet die Frage: Wie sind culpose Tödtungen zu strafen? — nur insoweit bestimmt, als gesagt ist, dieselben sollen in keinem Falle ebenso gestraft werden, wie dolose Tödtungen. Diese Bestimmung gewinnt aber dadurch erst einen rechten Sinn, wenn wir wissen, daß in der Praxis vor der CCC. mitunter auch culpose Verbrechen den dolosen gleich behandelt wurden. Im Uebrigen spricht sich die CCC. nicht bestimmt aus, überläßt es vielmehr den Rechtsverständigen, unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des konkreten Falles die passende Strafe zu bestimmen. Erwägen wir aber, daß im älteren deutschen Strafrechte die peinlichen Strafen auf dolose Verbrechen beschränkt sind, daß ferner die CCC. die Strafe des dolosen Verbrechens ausgeschlossen

wissen will, so dürften wir wohl kaum zu weit gehen, wenn wir behaupten, daß für culpose Tödtungen nach dem Sinne der CCC. nicht blos die Todesstrafe, sondern auch die verstümmelnden Strafen als ausgeschlossen zu betrachten sind. — Wir erkennen somit in CCC. art. 146 nicht blos die Aufstellung einer bestimmten Norm, die vom Gesetzgeber als die richtige anerkannt wird, sondern wir finden auch in dieser Bestimmung die Beseitigung einer früheren, als fehlerhaft erkannten Praxis. So gewinnen auch die ziemlich energischen Schlußworte des Artikels — Jedoch haben dise fell zu zeitten gar subtil vnderschiedt, die dem gemeynen mann, so an den peinlichen gerichten sitzen verstendig oder begrifflich nit zu machen sein, hierumb sollen die vrtheyler inn disen obgemelten fellen allen (wann es zu schulden kompt) angezeygter erklerung halb, der vorgemelter verstendiger leut radt nit verachten, sonder gebrauchen — eine etwas bestimmtere Färbung. — Hätte die CCC. nichts weiter ausgesprochen, als was bisher schon allgemein üblich gewesen wäre, oder enthielte art. 146 eine ganz neue Bestimmung, an deren Befolgung zu zweifeln kein Grund vorhanden gewesen wäre, so würde gerade an dieser Stelle die so strenge Ermahnung an die Kriminalrichter etwas sehr Auffallendes haben. Wenn wir aber wissen, daß durch die Bestimmung des art. 146 die CCC. einer zum Theil unrichtigen Praxis entgegentreten, dieselbe beseitigen wollte, so erklären sich diese Worte, die zur Beseitigung eines alten Schlendrians für dienlich erachtet werden mochten, in einer sehr einfachen Weise.

Eine ähnliche Bedeutung hat CCC. art. 180. Item so eyn hütter der peinlichen gefencknuss eynem der peinlich straff verwirckt hat, ausshilfft, der hat die selbig peinlich straff an statt des übelthätters, den er also aussgelassen, verwirckt. Kem aber der gefangen durch bemelts hütters vnfleiss aus gefengknuss, solcher vnfleiss ist nach gestalt der sachen vnnd

radt so an den orten, als hernach gemelt wirdet, zu straffen. Die Talionsstrafe für das wissentliche Entweichenlassen eines Gefangenen finden wir bereits in den der CCC. voraufgehenden Rechtsquellen (vergl. Görlitzer Recht art. 111. Weichbild art. 19 §. 7). Dort aber wird die Talionsstrafe nicht blos für dolose Befreiung der Gefangenen bestimmt, sondern es tritt diese Strafe auch ein, wenn der Gefangene in Folge der warlose des Hüters davon kam. — Ganz entsprechend dem Inhalte des art. 146 wird aber auch für diesen Fall bestimmt, daß die Talionsstrafe auf das dolose Verbrechen beschränkt bleiben solle, während der vnfleiss des Gefangenwärters nur arbiträr zu ahnden ist.

Endlich ist zu erwähnen CCC. art. 136. Ein Thier, so heißt es an dieser Stelle, welches von der Art und Beschaffenheit ist, daß sich von demselben Gefahr befürchten läßt, soll überhaupt nicht gehalten werden — soll der herr des selben thiers solch thier von jm thun, dann wo solch thier jemandt schaden thett oder entleibt, Soll der herr des thiers darumb nach gelegenheyt vnd gestalt der sachen vnd radt der rechtuerstendigen, oder an enden als hernach vermeldet gestrafft werden. Und souil destermer so er zuuor von dem Richter oder ander oberkeyt des zuuor vermandt oder gewarnet würd. — Auch in dieser Stelle sind die Anknüpfungspunkte an das frühere Recht unverkennbar. Oben[59]) wurden verschiedene Quellenzeugnisse erwähnt, welche, miteinander verglichen, darthun, daß ein Abschluß hinsichtlich derjenigen Bestimmungen, die sich auf den durch Thiere herbeigeführten Schaden beziehen, nicht stattgefunden hat. Bald genügt die noxae deditio des Thieres, bald haftet der Herr desselben für jeden Schaden, bald ist außer dem Schadensersatze, namentlich wenn das Halten des betreffenden Thieres überhaupt verboten

---

59) Vergl. oben not. 43.

war, noch eine bestimmte Buße zu entrichten[60]). Die CCC. concentrirt diese von einander abweichenden Bestimmungen in der Weise, daß allemale dann, wenn ein Mensch durch ein Thier beschädigt wurde, der Eigenthümer des schädlichen Thieres arbiträr zu strafen ist. — Auch die Erwähnung des obrigkeitlichen Verbots in der CCC. ist nicht als etwas ganz Neues zu betrachten. Denn abgesehen davon, daß schon die älteren Quellen darauf Rücksicht nehmen, daß das Halten dieses oder jenes Thieres von der Obrigkeit verboten sein möchte[61]), so sahen wir auch schon an einer anderen Stelle dieser Arbeit, wie in manchen Fällen erst durch das Nichtbefolgen eines obrigkeitlichen Verbots eine Rechtsverletzung überhaupt zu einer schuldvollen werden konnte[62]).

So läßt sich die Theorie der CCC. hinsichtlich der Bestrafung culposer Verbrechen in dem Satze zusammenfassen: Die culposen Verbrechen sind arbiträr zu strafen, niemals aber ist die culpose Verletzung der dolosen gleich zu behandeln — womit dann mit Rücksicht auf das ältere Recht wahrscheinlich ausgesprochen ist, daß überhaupt jede peinliche Strafe bei culposen Verbrechen fortfallen soll.

Aber auf zweierlei ist für die CCC. noch aufmerksam zu machen. Zunächst darauf, daß die Reihe der möglicherweise zu strafenden culposen Verbrechen durch die in den mitgetheilten drei Artikeln aufgeführten nicht erschöpft sein kann. Wir finden nichts über die Bestrafung culposer Verwundungen, nichts über die Bestrafung culposer Brandstiftungen. Wir sahen aber, daß diese culposen Rechtsverletzungen schon in dem älteren Rechte eine über die Entschädigungspflicht hinausgehende Ahndung fanden. Daß die

60) Noch weiter geht allerdings Kulm V. 25 (Schwabenspiegel 204. 205), auf welche Stelle hier indessen nicht näher eingegangen werden kann. Vergl. not. 58.

61) Lübisches Recht III. 314. Hamburger Recht 1270 VI. 19.

62) Gosl. Stat. S. 90 Z. 14 ff. Lübisches Recht III. 368.

CCC. hätte dieselben straflos ausgehen lassen wollen, ist in keiner Weise anzunehmen. Der Gedanke, daß auch die zuletzt genannten culposen Rechtsverletzungen strafbar seien, erhielt sich jedenfalls in der Praxis und die analoge Ausdehnung des art. 146 rc. gab diejenigen Grundsätze an, nach denen die Bestrafung erfolgen konnte.

Freilich waren diese Grundsätze — und das ist der zweite Punkt auf den hinzuweisen ist — nur nach einer Seite hin bestimmt präcisirt; es sollte für das culpose Verbrechen nicht die Bestrafung des entsprechenden dolosen eintreten. Im Uebrigen überließ die CCC. die Bestrafung der culposen Verbrechen lediglich dem arbitrium des erkennenden Richters. Nothwendigerweise mußten jetzt in der Praxis Fragen darüber entstehen, wie weit man sich im einzelnen Falle der von der CCC. gesteckten Grenze nähern, wie weit man in einem andern davon entfernt bleiben müsse. Die weitere Ausbildung der Lehre von der Bestrafung der culposen Verbrechen fiel daher ganz von selbst zunächst der Praxis und der kriminalistischen Doktrin anheim.

§. 7.

Gefährliche Handlungen.

Jedes culpose Verbrechen enthält die Vornahme einer gefährlichen Handlung und den aus derselben hervorgehenden schädlichen Erfolg. Bei der Bestrafung der culposen Verbrechen bedingen beide Momente gemeinschaftlich die Strafbarkeit. Dies schließt nicht aus, daß nicht auch die Vornahme der gefährlichen Handlungen an und für sich unter Androhung einer bestimmten Strafe verboten sein könnte. Finden wir dieses aber in einem Rechtssystem, so dürfte schon aus diesem Grunde geschlossen werden, daß, wenn schon die Vornahme einer gefährlichen Handlung an und für sich strafbar ist, noch sehr viel mehr das culpose Verbrechen gestraft

sein müsse, bei welchem es ja nicht blos bei der Gefahr bleibt, diese sich vielmehr in den Schaden selbst verwandelt. — Aus diesem Grunde ist es interessant, aus unsern Quellen wenigstens einige Belege dafür beizubringen, daß auch die gefährliche Handlung an und für sich schon mit Strafe bedroht wurde.

Vogtding im Amt Lauenstein (Grimm Weisthümer Thl. III. S. 273 al. 32). Wenn einer aus muthwillen oder leichtfertigkeit bei tag oder nacht ein rohr losbrennet, was dessen strafe sein soll? Weil wegen solchen muthwillens eine gefahr zu besorgen, so sol der voigt von dem thätter das rohr fordern lassen, wofern er sich aber dessen verweigerte, sol derselbe in der hohen obrigkeit strafe verfallen seyn.

Die Confiskation der Waffe wird also nicht deshalb vorgenommen, weil ein Schaden entstanden ist, sondern weil ein Schaden entstehen kann. Die weitere Strafe der hohen Obrigkeit, in die der Thäter verfallen soll, interessirt uns hier nicht, denn sie tritt lediglich als Folge einer Widersetzlichkeit gegen das amtliche Einschreiten des Vogtes ein.

Außerdem ist anzuführen:

Dithmarsches Recht 1539 art. 236. Van ungebörliken vorretliken mortwapen .... Iffte jemant ... mit büssen, warpiseren, effte anderen vngebörliken, vorretliken, mortwapen jenigen schaden dede, de were lifflik effte dotlick, den schalme beteren to veerfoldigem gelde. Auerst schege mit ener büssen vnvorwaringes schaden, dat bewislik were, den schalme beteren, wu anderen schaden, to entfoldigem gelde. Unde de de mortwapen dragen, vnde bü den de gefunden wert, de schal dem lande truwelos vnde eerlos syn.

Es kommt uns hier nur auf die Schlußbestimmung der Stelle an, wonach schon jeder, welcher eine der „verräthlichen Mordwaffen“ führt, oder besitzt, dem Lande treu- und ehrlos

sein soll. Diese Bestimmung ist nicht als ein bloßes Strafaccessorium für die Ahndung des wirklich entstandenen Schadens aufzufassen. Denn wäre dieses der Fall, so dürfte den Worten der Stelle nach diese Strafe nur gegen denjenigen anzuwenden sein, welcher den Schaden auch wirklich verursachte. Nun ist aber für die Fälle, welche von der Beschädigung sprechen, die Stelle im Singular abgefaßt. Sobald dagegen auf das Tragen und Besitzen der s. g. Mordwaffen eingegangen wird, drückt sich die Stelle im Plural aus, wozu kein Grund vorhanden gewesen wäre, wenn das Ende der Stelle nur denselben Umfang als der Anfang derselben gehabt hätte.

Also, wenn sich auch nur vereinzelte Belege dafür anführen lassen; — die Bestrafung der gefährlichen Handlungen an und für sich ist unsern Quellen nicht vollständig fremd gewesen. Diese Wahrnehmung dürfte aber geeignet sein, dasjenige, was oben über die Bestrafung der culposen Verbrechen beigebracht ist, einigermaßen zu unterstützen.

Ehe auf die strafrechtliche Behandlung der Absichtlichkeit eingegangen wird, kann hier anhangsweise noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Unabsichtlichkeit einer Rechtsverletzung nicht nur auf die unmittelbare Folge, nämlich auf die Bestrafung derselben von Einfluß ist, sondern auch noch mittelbare Folgen, namentlich vermögensrechtlicher Art mit sich führt. Es ist hier Ssp. III. 84 §. 3 anzuführen: Dodet ok en man sinen vader oder sinen bruder oder sinen mach oder jemanne, des egenes oder lenes he wardende is, al sine wardunge hevet he verloren; he ne du't in notwerunge sines lives, unde die not uppe den doden beredet werde, oder he ne du't unwetene, so dat it geschi ane sinen dank (Vergl. die ganz ähnliche Bestimmung in Gosl. Stat. S. 11 Z. 38.) Diese Worte drücken

also sehr bestimmt aus, daß die bloße Thatsache der Tödtung noch keinen Einfluß auf die Erbfähigkeit äußert. Dieses geschieht vielmehr nur bei der absichtlichen Tödtung, während bei der unabsichtlichen die Erbfolge dieselbe bleibt, als ob ein natürlicher Tod des Erblassers eingetreten wäre.

§. 8.
Absichtlichkeit.

Der Gegensatz der absichtlichen und der unabsichtlichen Rechtsverletzungen wurde bisher dadurch erörtert, daß die einzelnen Arten der unabsichtlichen Rechtsverletzungen selbst und ihre rechtlichen Folgen dargestellt wurden. Käme es nur darauf an, den Satz zu beweisen, daß eine Berücksichtigung der Willensbestimmung dem älteren deutschen Strafrechte bei Anwendung der Strafen nicht fremd gewesen sei, so könnte die Untersuchung abgebrochen werden. Da ich aber wünsche, die Lehre der verbrecherischen Willensbestimmung, so weit sich dieselbe überhaupt aus den norddeutschen Rechtsquellen entnehmen läßt, möglichst vollständig darzustellen, so ist noch die Frage zu beantworten, ob nicht auch innerhalb der absichtlichen Verbrechen irgend welche Unterscheidungen mit Bezug auf die Absichtlichkeit selbst nachzuweisen sind.

Für den heutzutage allgemein üblichen Ausdruck „Absicht" finden sich in unsern Quellen sehr verschiedenartige Bezeichnungen, so dankes[63]), von willen[64]), von mutwillen[65]), mit witscap (wisseschaft)[66]) to arghe thun[67]) in frevel[68]) mit

63) Ssp. III, 48. Gosl. Stat. S. 40 Z. 42 ff. S. 41 Z. 1.

64) Verm. Ssp. IV. 15. 2. Gosl. Stat. S. 47 Z. 4 ff.

65) Magdeb. Fragen I. 2. 5; I. 3. 9. Böhme Schöffenurtheile S. 184 at. 3. Verm. Ssp. II. 10. 1.

66) Görlitzer Recht art. 111. Weichbild art. 19 §. 7.

67) Gosl. Stat. S. 70 Z. 27.

68) Verm. Ssp. III. 17. 36. III. 17. 37. IV. 3. 1. Gosl. Stat. S. 46 Z. 41.

vnminnen[69]) mit Bosheit[70]), arghelist[71]), fürsetzlich oder aus arger List[72]) ex proposita malicia[73]) zorniges gemüths[74]) insidiae[75]).

Ich will nicht behaupten, daß mit diesem Verzeichnisse diejenigen Ausdrücke, welche den Begriff der Absichtlichkeit zu bezeichnen bestimmt sind, erschöpft sein mögen. Soviel dürfte aber aus den angeführten Beispielen zu entnehmen sein, daß eine nicht unbedeutende Mannigfaltigkeit der Bezeichnungen für den fraglichen Ausdruck existirt.

Hieraus ist nun meines Erachtens zweierlei zu entnehmen. Zunächst, daß es keinen Sinn gehabt haben würde, so viele Ausdrücke zur Bezeichnung einer gewissen Art von Willensbestimmung zu schaffen, wenn es auf die Willensbestimmung selbst bei der rechtlichen Behandlung der Rechtsverletzung überhaupt nicht angekommen wäre, so daß wir also einen neuen Beweis für die Behauptung gewonnen haben, daß die Willensbestimmung im Gebiete des Strafrechts berücksichtigt worden ist.

Sodann ist aber aus dieser Mannigfaltigkeit der Terminologie noch die weitere Folgerung zu ziehen, daß ein Abschluß in der Begriffsbestimmung des dolus nicht stattgefunden haben kann. Ein fester technischer Begriff pflegt auch einen bestimmten Ausdruck zu haben; das Schwanken zwischen so mannigfaltigen Ausdrücken deutet darauf hin, daß man sich darauf beschränken mußte, ein gewisses Verhältniß zu beschreiben, da man dasselbe bestimmt bezeichnen nicht konnte. Was oben über die Ausdrücke warlose

---

69) Dithmarsches Recht 1539 art. 26. 66.

70) Dithmarsches Recht 1447 §. 116. 117. 118.

71) Lübisches Recht II. 255.

72) Magdeburger Fragen Anhang F. 549 S. 2.

73) Stadtrecht von Leobschütz bei Gengler S. 248 §. 32.

74) Alefelder Vogteigericht bei Grimm Weisthümer Thl. III. S. 270 al. 8.

75) Soester Stadtrecht §. 23 bei Gengler S. 442.

wanhude u. s. w. zu sagen war, daß sie eine bestimmte technische Bedeutung nicht für sich beanspruchen dürfen, dasselbe ist hier für die zur Bezeichnung des dolus gebrauchten Ausdrucke zu wiederholen. Und es kann dieses auch bei dem eigenthümlichen Charakter des älteren deutschen Rechts gar nicht anders sein. Definitionen und termini technici gehören einem auf juristischer Doctrin beruhenden Rechte an — ein solches ist unser heutiges Strafrecht — nicht aber einem solchen, welches sich gewohnheitsrechtlich unmittelbar aus dem Rechtsbewußtsein des Volkes entwickelt, — wie dieses bei dem Strafrechte vor der CCC. der Fall ist.

Aber dessen ungeachtet kann es kaum übersehen werden, daß die verschiedenen so eben angeführten Ausdrücke darauf hindeuten, es seien nicht alle Arten der absichtlichen Handlungen gleichmäßig behandelt worden. Auch im Gebiete der absichtlichen Rechtsverletzungen dürfen wir gewisse Abstufungen und Unterscheidungen vermuthen. So glaube ich kaum, daß man die Ausdrücke: fürsetzlich oder aus arger List, ex proposita malicia, insidiae, besonders im Gegensatz zu dem Ausdruck zorniges gemüths, wird vernehmen können, ohne dabei an die moderne Unterscheidung zwischen dolus praemeditatus und impetus zu denken. Es läßt sich mit Wahrscheinlichkeit aus den angeführten Worten, so wie daraus, daß weder dem früheren noch dem späteren Recht dies Verhältniß unbekannt gewesen ist, vermuthen, daß auch unsere norddeutschen Quellen eine derartige Unterscheidung gekannt haben werden. Auf diese Bemerkung müssen wir uns aber hier beschränken. Direkt läßt sich dieses aus den norddeutschen Rechtsquellen nicht nachweisen, selbst nicht für dasjenige Verbrechen, bei dem man die ausdrückliche Anerkennung dieses Verhältnisses am ersten vermuthen sollte, nämlich bei dem Verbrechen der Tödtung[76]).

76) Daß bei dem Verbrechen der Tödtung eine Unterscheidung selbst bei den absichtlichen Tödtungen hinsichtlich des subjektiven Thatbestandes gemacht

Bisher ist nun aber ein Ausdruck noch ganz unerwähnt geblieben, nämlich der Ausdruck vorsate. Es geschah dies aus dem Grunde, weil anders als für die anderen Ausdrücke für diesen sich eine ziemlich bestimmt ausgebildete Theorie in unsern Rechtsquellen vorfindet.

Die neuere juristische Doktrin berücksichtigt bereits diesen Begriff und es scheint daher passend, die bereits aufgestellten Ansichten der eigenen Untersuchung voranzustellen. Zunächst ist Trummer zu erwähnen, der in dem schon oben not. 6 angeführten Aufsatze eine Begriffsbestimmung von vorsate aufzustellen versucht hat. Er sagt a. a. O. S. 395: „Es ergiebt sich mit historischer Gewißheit(!): Vorsate ist ein Vergehen, welches zunächst bei Schlägen vorkommt (?) und daselbst zwar eine Gesinnung bezeichnet, eine subjektive Beziehung zum Thäter, aber nur insofern dieselbe sich in äußerlichen, genau bestimmten Merkzeichen kundgiebt (?)." — Schon die Art und Weise, wie diese Begriffsbestimmung getroffen ist, läßt einigen Zweifel an der „historischen Gewißheit" entstehen. Was soll man sich wohl unter einem Vergehen denken, welches bei Schlägen vorkommt; was soll die von Trummer beigebrachte Beschränkung bedeuten, daß vorsate nur die Gesinnung des Thäters ausdrücke, insofern dieselbe sich in äußerlichen, genau bestimmten Merkzeichen kundgiebt? Denn ich wüßte in der That nicht, wie irgend ein Strafrecht auf die Gesinnung des Thäters anders Rücksicht nehmen sollte, als wenn sich dieselbe in äußerlichen Merkzeichen kundgiebt. — Sehen wir aber

sein muß, lehrt schon eine einfache Vergleichung von Ssp. II. 13 §. 4 mit §. 5 ibid. Dort wird für die Tödtung — Mord — die Radstrafe, hier die Schwertstrafe bestimmt. Aber es waren eben allgemein bekannte Dinge, von denen die Rechtsquellen sprechen, es war nicht erst nöthig, den Ausdruck Mord zu definiren. Es war dieses ein — um es modern auszudrücken — thatsächlicher Begriff, nicht aber im Gegensatz davon ein juristischer. Und so fehlen uns denn diejenigen Momente, die wir zu einem direkten Beweise für das Verhandensein des Unterschieds zwischen dolus und dolus praemeditatus brauchen.

von den Eigenthümlichkeiten dieser Definition ab, so bleibt doch als Kern derselben stehen: „Vorsate ist ein selbständiges Vergehen".

Auch Lappenberg[77]) scheint diese Ansicht zu theilen. Er spricht S. L. und S. LXXIII. gelegentlich von der vorsate in einer Weise, daß man ihn nicht gut anders verstehen kann.

Mittermaier[78]) schließt sich diesen Autoritäten an: „Das Wort Vorsatz in den Quellen des Mittelalters bezeichnet nicht dolus, sondern ein eigenes Verbrechen."

Osenbrüggen[79]) hat das Verdienst zu beanspruchen, diesen Ansichten entgegengetreten zu sein. Obwohl eine eingehende Behandlung des Gegenstandes nicht erwartet werden durfte, so ist doch die Bemerkung höchst beachtenswerth, daß die Ausdrücke vorsatz, vorsate sehr oft eine rechtswidrige Willensbestimmung ausdrücken.

Dies so eben Mitgetheilte zeigt nun wohl deutlich, daß ein auch nur einigermaßen bestimmtes Resultat bisher noch nicht gefunden worden ist. Wenden wir uns also an die Quellen.

Zunächst will ich solche Stellen anführen, in denen vorsate[80]) eine gewisse Willensrichtung ausdrückt:

Hamburger Recht 1270 XI. 1 (1292 L. 1. 1497. N. 1).

Wat eyn vorsat sy So wor en man mit beradeneme mode vnde mit beladenen vrunden an des anderen were geit, vnde ene sleit[81]), wert he in der were beholden, he schal it beteren mit sines sulues halse.

---

77) Einleitung zu seiner Ausgabe des Hamburger Stadtrechts.

78) Anmerkung I. zu Feuerbach §. 54.

79) Der Hausfrieden S. 84 not. 43.

80) Darüber, ob vorsate ein Maskulinum, Femininum oder Neutrum ist, vergl. Trummer a. a. O. S. 393 §. 56.

81) 1292 L. 1 und 1497 N. 1 haben hier den Zusatz: ofte sin ghesinde, it si tauerne ofte nen.

Kumt he auer ute der were, unde wert he des vorwunnen, he schal beteren en gancz vorsat, vnde vor den husvrede X mark suluers to der stad kore, vnde deme manne den broke, na deme dat he schut, vnde alle de mit eme sint er iewelik also vele.

Mer komet lude an eyne veile tauernen, vnde schut deme werde wat von vngerake ofte ienigen manne, dar ne is nen husvrede ane gebroken, noch de were beuochten.

Trummer sagt zu dieser Stelle[82]: Das äußere Kennzeichen oder überhaupt das Kriterium der vorzüglichen Strafbarkeit dieses Falles ist das Dringen in die fremde Wehre, um zu schlagen (also nicht etwa, um sich zu Trunk und Spiel niederzusetzen). Aus der späteren Fassung der Vorschrift ersieht man, daß das mit beradenem mode nicht anders als in diesem Sinne aufzufassen ist, und bedarf solches somit keines weiteren Beweises."

Aber obwohl die Trummer'sche Ansicht seiner Meinung nach keines weiteren Beweises bedarf, so ist sie doch mindestens sehr bedenklich. Wäre sie richtig, so bestände die Vorsate eben darin, daß jemand in die Were eines anderen dringt, um ihn zu schlagen. Nun deutet dieses Verhältniß aber die Quelle gar nicht an; es kommt auf das Schlagen des Wirthes oder des Gesindes nicht einmal wesentlich an, vielmehr ist des Schlagens nur Erwähnung geschehen, um ein Beispiel für die widerrechtlichen Handlungen zu haben, die bei Gelegenheit des Hausfriedensbruches vorkommen. Daß dies so aufzufassen ist, folgt einmal daraus, daß die Quelle nicht etwa sagt: So wor en man etc. . . . dat he ene sleit oder eine andere Wendung, durch welche die Absicht, zu schlagen schon mit in den subjektiven Thatbestand des Verbrechens aufgenommen wird, sondern es heißt: So wor en man etc. . . . vnde ene sleit . . . Nun wäre es allerdings noch möglich, daß, wenn das

82) a. a. O. S. 395 §. 58.

Schlagen nicht stattfand, überhaupt nichts Verbrecherisches begangen worden sei. Allein der zweite Abschnitt beschränkt sich nicht blos auf etwaiges Schlagen, sondern sagt ganz allgemein: vnde dem manne den broke, na deme dat he schut; so daß es also ganz gleichgültig erscheint, ob geschlagen wird, oder man den Wirth des Hauses bindet, oder ob er Schimpfreden zu erdulden hat, oder was sonst etwa vorkommen mag. Dieser Bruch ist aber dem Angegriffenen zu ersetzen ganz unabhängig von der vorsate und von dem gebrochenen Hausfrieden. Daraus folgt denn, daß, wenn dem Eigenthümer des Hauses auch gar nichts geschieht, dennoch Hausfriedensbruch vorliegt und neben demselben noch vorsate. Da nun weiter der Hausfriedensbruch unabhängig von der vorsate zweifellos gedacht werden kann (2. Abschnitt der Stelle), so müssen wir die vorsate eben in denjenigen Momenten finden, welche nicht nothwendig zum Thatbestande des Hausfriedensbruchs gehören. Daß in die Were eines andern eingedrungen wird, das gehört so nothwendig zum Hausfriedensbruch, daß wir uns dieses Verbrechen anders gar nicht denken können. Aber es gehört nicht nothwendig zum Thatbestande des Hausfriedensbruches, daß das Eindringen in die fremde mit beradenem mode vnde mit beladenen vrunden geschieht. Wir können also in dieser Stelle die vorsate nur in diesen eben mitgetheilten Worten angedeutet finden. — Die Behauptung Trummer's, daß seine Erklärung vorzugsweise aus dem Zusatze von 1292 L. 1 folge, ist durchaus unrichtig. Denn durch diesen Zusatz wird an der vorsate gar nichts geändert, sondern nur hinsichtlich des Hausfriedensbruches gesagt, daß auch ein widerrechtliches Eindringen in die Were eines Gasthofsbesitzers Hausfriedensbruch sei; und sodann, daß es gleichgiltig sei, ob die bei Gelegenheit des Hausfriedensbruches vorkommenden Brüche gegen den Hauseigenthümer oder gegen dessen Gesinde gerichtet gewesen seien. Aus dem Gesagten geht auch ferner hervor, wie unrichtig Trummer's Ansicht ist, wenn er be-

hauptet, vorsate liege nicht vor, wenn jemand in die Were eines andern dringt, nicht um ihn zu schlagen, sondern sich zu Trunk und Spiel hinzusetzen. Das Motiv des Hausfriedensbruches ist für das Delikt selbst gleichgültig. Es ist nicht weniger Hausfriedensbruch, wenn jemand in die Were eines andern widerrechtlich eindringt, um dort zu trinken und zu spielen, als wenn es aus andern Motiven geschehen wäre. Wäre daher ein Hausfriedensbruch unter dem Einfluß dieses Motivs, um die Worte der Quelle zu brauchen, mit beradeneme mode vnde mit beladenen vrunden begangen worden, so würde zweifellos auch die vorsate mit dem Hausfriedensbruch zusammen begangen sein. Daß der Schlußsatz des Hamb. R. 1270 XI. 1 den Hausfriedensbruch nicht deswegen ausgeschlossen hat, weil die Leute getrunken haben, sondern deswegen, weil das Eintreten in die Were des Gastwirthes nichts Widerrechtliches enthielt, kann unmöglich verkannt werden, wenn man ohne vorgefaßte Meinung die Stelle liest[83]).

Wir haben also in der eben betrachteten Stelle vorsate als Qualifikationsmoment des Hausfriedensbruches kennen gelernt, und zwar als ein solches, welches nicht die objektive, sondern die subjektive Seite, die Absichtlichkeit der Handlung qualificirt.

Es mag folgen Lübisches Recht cod. I. art. 91. De uorsate. Uorsate probari potest. ubicumque aliquis alii insidiatur in platea. et si aliquem ibidem capillauerit uel pugnis

83) Die Stelle des Hamburger Rechts ist wiederholt Lübisches Recht III. 390. Trummer a. a. O. S. 398 §. 61 bemerkt zu den Worten: vnde alle de mit eme sint er iewelik also vele ... „Daß die Theilnehmer eben so streng angesehen werden, als der Thäter, ist ein consequent beobachtetes, und abermals die Vernachlässigung der Abstufungen der Verschuldung beurkundendes Princip.“ Man erinnere sich, daß Trummer's Aufsatz zur Widerlegung der Ansicht geschrieben ist, es sei das subjektive Moment im älteren deutschen Strafrechte berücksichtigt worden. Die gleiche Bestrafung der Theilnehmer beweist, daß wenigstens in diesem Punkte das subjektive Moment zu sehr berücksichtigt sei.

verberauerit. calcaverit, uel presserit uel in luto traxerit. si ante discordaverunt et hoc per bonos viros cespitalitatem in civitate habentes probari possit. et inde vadiabit is qui fecit plaustratum vini. et X marc. argenti ... (folgen Bestimmungen, wie Wein und Geld vertheilt werden sollen).

Vorsate also kann nach der Bestimmung dieser Stelle unter der Voraussetzung als vorhanden angenommen werden, daß ein insidiari stattgefunden hat. Dies Wort bezeichnet eine vorherige Ueberlegung, die sich eben dadurch manifestirt, daß der Thäter zur Ausübung der beabsichtigten Missethaten sich auf die Lauer legt. Um aber das Moment der Prämeditation noch deutlicher hervorzuheben, wird verlangt, daß vorher schon ein Zwiespalt zwischen dem Angreifenden und Angegriffenen stattgefunden habe.

Wir gewinnen also aus dieser Stelle, daß Vorsate die Wegelagerung deswegen qualificire, weil ein gewisser höherer Grad der Prämeditation bei diesem Verbrechen eintritt.

Auch in einem Grimm'schen Weisthum: Vestenrecht zu Schwelm Bd. III. S. 28 II. al. 10 finden wir vorsate in Verbindung gebracht mit Wegelagerung. Item wey dem andern wegelagede met vorsathe .... für den wird Strafe an Leib und Gut nach des Herrn Gnade bestimmt.

Wir finden vorsate weiter in Verbindung gebracht mit Mißhandlungen und Körperverletzungen:

Lübisches Recht II, 88. Van schelinge de vorsate maket. Schelet lude vnuochlike [Variante: Scheldet sik lude vnerliken] vnder twischen vnde cumt it also nademe dat se vntwei sint ghekomen van der schelinge dat er en des andern ware nimpt vnde mishandelet ene de dus ander vornyet den broke wert he des uortughet mit twen besetenen luden de schal wedden vorsate dat sint tein marc suluers vnde en voder wines ....

Aus dieser Stelle kann soviel auch mit Sicherheit entnommen

werden, daß das Handeln im Affekt vorsate ausgeschlossen haben würde; denn als Voraussetzung derselben wird angeführt, daß die Verletzung, welche vorsatè enthält, nicht bei dem Streite selbst vollführt wird, sondern nachdem der Streit beendigt war. Jetzt erst, nachdem also die nächste erklärliche Veranlassung zum Affekt gehoben ist, nimmt einer des andern Wehr und verletzt denjenigen, mit dem er sich früher gestritten hat.

Sehr deutlich und ebenfalls mit Bezug auf Körperverletzungen wird dasselbe in dem Stadtrechte von Geluden (Gengler S. 145) ausgesprochen:

Item si quis alium cum armis, que in vulgari dicuntur Eckede Wapene, vulneraverit, vel qui violentiam fecerit ex proposito vel deliberatione animi, quod vulgariter Vorsate dicitur, ex hoc si hujus propositi vel deliberationis, ut juris est, convictus fuerit tredecim marcarum quatuor solidorum et trium obolorum domino Proposito, qui pro tempore fuerit, tenebitur ad Emendam.

Daß vorsate zur Bezeichnung einer Willensbestimmung und zwar der prämeditirten Absichtlichkeit gebraucht sei, tritt uns hier mit größter Bestimmtheit entgegen — propositum vel deliberatio animi werden in's Gemein Vorsate genannt. Die Buße ist mit Bezug auf diese Art der Willensbestimmung normirt worden. Wer diese Buße zahlte, büßte damit nicht nur die äußere Verletzung, sondern auch den bösen Willen, mit dem er die Verletzung hervorbrachte, er büßte mit einem Wort auch die Vorsate.

Es sind aber noch andere Rechtsverletzungen, bei denen der Vorsate Erwähnung geschieht:

Gosl. Stat. S. 91 Z. 30 ff.

We aver in hate edder mit vorsate unde mid vorbedachtem mode weme wat dede edder up on spreke dichtede edder bethege, dat an syn liff ere unde gude gerochte ghinge, des he up on nicht vulbringen konde alse recht is, unde den vor-

sate sek dar ane nicht entleddigen mochte, de scholde deme clegere boten mit drittich schillinge vnde deme vogede wedden sestich schillinghe lüttiker pennighe: dartho schal dat an deme rade stan, wu de om dat umme de vorsate keren wolden.

Es liegt ein Fall falscher Anschuldigung vor und es interessirt uns vorläufig an dieser Stelle, daß die Worte hate — in welchem Ausdruck zwar das Moment der Absichtlichkeit mit enthalten ist, aber doch nicht das der überlegten Absichtlichkeit — und mid vorsate unde mid vorbedachtem mode einander entgegengesetzt sind, woraus denn ebenso wie aus der unmittelbaren Nebeneinanderstellung von vorsate und mid vorbedachtem mode für die Vorsate selbst das Moment der Prämeditation gewonnen wird. — Ueber die Schlußbestimmung der Stelle wird noch weiter unten gesprochen werden.

Selbst mit Bezug auf das Fortbleiben von der Gerichtsversammlung wird der Ausdruck vorsate gebraucht:

Goding zu Brokensen. Grimm Weisthümer Thl. III. S. 238 al. 3: . . . . efte we were, de von older vp de goe von rechtswegen gehorde, de ock vorbotschopt were vnd vthe bleuen mit vorsate oder bedachten mode . . . . so maniger vorsichtiglick vthe bleue so manniger sy in den brocke gefallen in recht.

Wenn es auch nicht gerade nothwendig ist, die Ausdrücke vorsate oder bedachten mode so aufzufassen, daß eins zur Erklärung des andern dient, so ist es doch zweifellos, daß diese beiden Worte ihrer Bedeutung nach als nahe mit einander verwandt aufgefaßt worden sind. Ja wir können aus dieser Stelle entnehmen, daß man gar nicht auf das Wort vorsate so viel Rücksicht nahm, daß man es nicht auch mit einem andern von ähnlicher Bedeutung hätte vertauschen mögen. Am Anfange der Stelle wird vorsate benutzt, am Schluß dagegen zur Bezeichnung des ganz

gleichen Verhältnisses (der Unterschied zwischen Anfang und Schluß besteht lediglich darin, daß am Anfange nur von dem Ungehorsam eines Einzelnen, am Ende dagegen von dem Mehrerer gehandelt wird) der Ausdruck vorsichtiglick, dem man ebenfalls den prämeditativen Charakter nicht wird absprechen können.

Schon jetzt dürfte der Beweis als geführt erachtet werden, daß vorsate wenigstens nicht immer ein bestimmtes Delikt bezeichne, sondern auch zur Charakterisirung der Willensbestimmung bei einem Delikte benutzt worden sei; daß weiter diese Willensbestimmung unserm dolus praemeditatus ganz nahe kommt. Denn in den bisher angeführten Stellen ist entweder auf die dem Verbrechen voraufgegangene Ueberlegung ausdrücklich aufmerksam gemacht, oder es sind die einzelnen Fälle so dargestellt, daß eine andere als prämeditirte Rechtsverletzung nicht wohl gedacht werden kann. — Noch deutlicher wird dieses dargethan durch zwei Stellen, welche den Begriff der vorsate dadurch deutlich zu machen suchen, daß sie auf den Gegensatz derselben hinweisen. Der Vollständigkeit wegen theile ich sie hier noch mit:

Gosl. Stat. S. 91 Z. 24. We deme anderen mit frevele in torne mid hastmude sunder vorsate wat dede edder up on spreke edder betege, dat om an syn liff ere unde gude gerochte ginge, des he up on nicht vulbringen konde alse recht were, unde sek vorsate dar ane entledigen wolde, eff men dat van om esschede, de scholde deme clegere buten mit drittich schillinge unde deme vogede wedden sestich schillinge lüttiker pennighe.

Das Wort frevel bezeichnet hier die Absichtlichkeit überhaupt, aber innerhalb der Absichtlichkeit werden zwei Arten derselben unterschieden, die eine wird durch „Zorn, Hastmuth“ bezeichnet und als Gegensatz hiezu wird vorsate genannt. Aus dieser Stelle gewinnen wir nicht blos eine Bestätigung des Vorhergehenden, wir sehen auch, daß das ältere deutsche Recht nicht blos den dolus praeme-

ditatus, sondern auch dessen Gegensatz, den impetus, das Handeln im Affekt, sich zum Bewußtsein gebracht hat. — Fügen wir hiezu noch:

Lübisches Recht I. 122. De rixa seu dissencione.

Si inter duos in vico vel in potu forsan rixa disceptatio subito oritur et fustes et baculos ibidem comprehenderint ad alternam et mutuam lesionem non hoc Vorsate reputabitur, nisi ante inter eos dissensio fuerit. Vorsate vero probari non potest de aliquo, nisi baculi vel arma ibi visa fuerint et apportata.

Das Verhältniß ist wohl so deutlich wie möglich ausgedrückt. Wenn die vom Getränk erhitzten Leute in einen Streit gerathen, der dann zur Prügelei ausartet, bei welcher die erste beste Waffe ergriffen wird, so liegt darin gewiß nichts Prämeditirtes; man sieht vielmehr, wie der Affekt immer mehr anwächst, wie der Wein zu Zank, der Zank zu Faustschlägen, diese endlich zu den Stöcken führen. — Non hoc Vorsate reputabitur. — Wenn dagegen zwischen zwei Leuten schon Streit gewesen war, und ein Theil oder auch beide, wohl wissend, daß sie an einem dritten Orte sich treffen werden, zur Fortsetzung des Streits, zur Rache wegen des erlittenen Schimpfes sich Stöcke und sonstige Waffen mitbringen, so charakterisirt dieses die Prämeditation, das heißt vorsate.

Wir gewinnen somit aus der vorhergehenden Untersuchung zunächst das Resultat: vorsate bedeutet die mit Prämeditation verbundene Absichtlichkeit, vorsate bildet den Gegensatz zu den zwar absichtlich aber ohne Prämeditation ausgeführten Rechtsverletzungen.

Damit ist aber die Untersuchung über vorsate noch keinesweges abgeschlossen.

Es kommt nämlich dieses Wort noch in solchen Verbindungen vor, für welche in der vorhergehenden Ausführung eine genügende Erklärung nicht gefunden werden kann. Ich möchte zu diesen Stel-

len allerdings nicht rechnen, Hamburger Recht XI, 2 al. 2. al. 4.[84]) .... we en vorsat sleit, denn an dieser Stelle kann wenigstens noch die bisherige Erklärungsart verwandt werden, indem man die angeführten Worte übersetzt: Wer mit prämeditirtem dolus schlägt... Wenn es dagegen Lübisches Recht II, 89. (vergl. III. 171.) heißt:

Dat si witlic dat nen leige na stades rechte mach vorsate slan an eme papen noch nen pape an eme leyen dit is ghewilkoret van dem rade —

so reicht zur Erklärung dieser Stelle ebensowenig das bisher Gesagte aus — denn es liegt wohl auf der Hand, daß auch prämeditirter dolus bei den in der Stelle angedeuteten persönlichen Verhältnissen vorkommen kann — als das von Trummer[85]) zur Erklärung beigebrachte für genügend angesehen werden kann. Dieser sagt: Geistliche Uebergriffe mögen etwa diese ausdrückliche

84) Die Bestimmung findet sich wiederholt: Lübisches Recht III. 391. Ich erwähne hier beiläufig die Worte der angeführten Stellen: Unde is it deme rade vnde dem clagere witlik dat he (der Verkl.) en sleger, en kyuer vnde en vechter sy, vnde dat weldelike breke, so schal he sine vullen bote geuen — nicht die für vorsate bestimmte Buße. Trummer a. a. O. S. 399 sagt, man gestattete für solche Personen, die vielleicht, weil der gerichtliche Erwerb (ihre Verwendbarkeit zum gerichtlichen Zweikampf) fehlte, sonst ihre Kunst für Geld sehen ließen, und dafür Brüche erlegten (!) die Ausnahme, daß sie nicht wegen vorsate bestraft werden sollten: eine Ausnahme, die sich nur dann begreifen läßt, wenn man die rein formellen, äußeren Merkmale der Vorsate, nicht aber die subjektive Absichtlichkeit, die ja eben so gut bei einem Klopffechter von Profession zutreffen kann, in Anschlag bringt." Wenn nur aus der angeführten Stelle der Beweis zu führen wäre, daß Fechter von Profession niemals wegen Vorsate gestraft wurden! So wie die Stelle dasteht, scheint wenigstens der Gedanke sehr nahe zu liegen, daß, weil ein Klopffechter seinem Gewerbe gemäß eher zuschlägt als ein anderer Mensch, diese persönliche Eigenschaft als eine Präsumtion für das Nichtvorhandensein der vorsate aufgefaßt wurde; so daß in der angeführten Stelle auch nur eine Strafbestimmung ausgesprochen zu sein scheint für den Fall, wenn die erwähnte Präsumtion unwiderlegt blieb.

85) a. a. O. S. 398 §. 60.

Bestimmung nothwendig haben finden lassen, wonach in dem Stande (in welchem? dem der Laien oder der Priester?) kein äußeres Kennzeichen der Vorsate angenommen werden solle.

Ebenso bleibt es aus dem Bisherigen dunkel, wie unsere Quellen Ausdrücke wie folgende benutzen konnten: — de schal beteren en gans vorsat (Hamburger Recht 1270 XI. 3) ... dat schal he beteren mit enen vorsate (Hamburger Recht 1270: XII. 13) ... de schal wedden vorsate (Lübisches Recht III. 169) und endlich sind noch einzelne Stellen anzuführen, in denen vorsate geradezu zur Bezeichnung eines Delikts selbst gebraucht wird:

Lübisches Recht I. 66 (in deutscher Sprache wiederholt II. 87.)

Si quis noctu per vicos civitatis incesserit et ab aliquo detentus fuerit et detentori pecuniam coactus indebite exhibuerit. et judici presentus non fuerit. et hoc probare potuerit (andere Lesart: probari poterit; in II. 87 mach men des vulkomen) detentor culpe que uulgo vorsate dicitur. reus erit. pro quo X. marc. argenti. et plaustrum uini componere tenetur.

Weisthum des Städtchens Wetter 1239. (Grimm III. 344.) Item dicimus quod qui habet culpam minorem, que voirsatze dicitur vadiabit XX den.

Vielleicht dürfte Folgendes eine Beseitigung der eben angeregten Zweifel anbahnen. Wir erkannten in der vorhergehenden Ausführung, daß vorsate zur Bezeichnung der prämeditirten Absichtlichkeit gebraucht wird. In der Prämeditation liegt das die Absichtlichkeit qualificirende Moment, welches bei mancherlei Rechtsverletzungen, wie beim Haufriedensbruch, bei der Verleumdung, beim Schlagen u. s. w. bald fehlen, bald vorhanden sein kann. Nun finden sich in den Quellen mancherlei Andeutungen dafür, daß man die mit prämeditirter Absichtlichkeit begangenen Rechts-

verletzungen nicht in ihrer Totalität auffaßte, sondern so behandelte, als ob die Handlung unqualificirt begangen, und außerdem noch eine besondere Strafbestimmung für die Prämeditation zu bestimmen wäre. Zwei solcher Stellen sind schon oben angeführt worden: Hamburger Recht 1270 XI. 1 wird unterschieden bei dem mit Prämeditation begangenen Hausfriedensbruch, eine Strafe, nämlich 10 Mark Silber für den Hausfriedensbruch an und für sich und dazu tritt dann noch eine Strafe für die Prämeditation, die vorsate, welche wie wir aus derselben Rechtsquelle XI. 2 entnehmen, aus einem Fuder Wein und 10 Marken Silber besteht. So ist also für den einfachen Hausfriedensbruch 10 Mark Silber, für den durch vorsate qualificirten dagegen 20 Mark und ein Fuder Wein zu büßen. — Es ist sodann an die Bestimmung der Gosl. Stat. S. 91 Z. 30 zu erinnern. In der Stelle wird von einer falschen Anschuldigung gehandelt. Die festgesetzte Buße für den Verleumdeten von 30 Schillingen und das Gewedde von 60 Schillingen für den Richter, ist in jedem Falle zu zahlen, wenn nur überhaupt Absichtlichkeit erwiesen werden kann, wie denn auch Gosl. Stat. S. 91 Z. 24 dieselbe Buße und dasselbe Gewedde wiederholt mit ausdrücklichem Ausschluß der vorsate. — Nun heißt es aber S. 91 Z. 30 ff.: dartho schal dat an deme rade stan, wu de om dat umme de vorsate keren wolden — also das qualificirende Moment der Vorsate giebt noch Veranlassung zu einer, hier allerdings nur arbiträr bestimmten Zusatzstrafe.

Es ist nun aber hier das Material noch etwas zu vermehren:

Bremisches Recht 1433 S. 499[86]). So welk borgher den anderen knuppelt. wert he des vortuged myt twen borg–

86) Im Wesentlichen ist diese Stelle eine Wiederholung der Antiqua von 1303 (Oelrichs) S. 37 al. 1. Das juristische Verhältniß ist in der neueren Redaktion etwas deutlicher dargestellt und daher diese der Betrachtung zu Grunde gelegt.

heren umbesproken eres rechtes. edder wil he dar nicht vor sweren. dat scal he der stad beteren myt vif marcken unde alle de ghenne de dar mede synt unde dat dot werden se des vortughed edder en willen se dar nicht vor sweren alse vorscreven is. dat scal en jewelik der stad ok beteren myt vif marcken. unde sleyt he ene ok edder knuppelt ene edder toge ene by deme barde ofte haren wert he dar umme beclaget dat he dat hebbe ghedan myt vorsate unde en wil he dar nicht vor sweren den vorsat schal he der stad beteren myt twintich marcken. unde alle de ghenne de dar mede sint de de dat dot unde vor den vorsate nicht sweren willen. dat scal en yewelk der stad ok beteren mit twintich marcken.

Durch diese Stelle finden wir zunächst das Vorhergehende bestätigt, daß nämlich das Qualifikationsmoment der Vorsate zu einer besonderen Strafbestimmung führte. Es sind objektiv dieselben Delikte, welche bald mit 5 bald mit 20 Marken beigelegt werden, die Unterscheidung für diese Ahndungen ist also, wie dieses auch die Stelle selbst sehr deutlich ausdrückt, nur in dem subjektiven Theile des Deliktes in der vorsate zu finden. In diesem Beispiele ist nun allerdings die mit vorsate begangene Verletzung so behandelt, daß in der Strafe der 20 Marken die ganze Strafe ausgesprochen ist. Wenn aber für die Verletzungen ohne Vorsate 5, für die mit Vorsate 20 Marken bestimmt werden, so können wir für das Bremische Recht in ähnlicher Weise wie für das Hamburger Recht eine bestimmte Summe, nämlich 15 Marken als Strafe für die vorsate hinstellen.

Aber noch in einer anderen Beziehung ist die angeführte Stelle bemerkenswerth. — Vielleicht gerade deswegen, weil sich eine bestimmte Straferhöhung an die vorsate knüpft, wird über das Vorhandensein dieser Willensbestimmung selbst die Möglichkeit eines besonderen Beweises gewährt. Das qualificirende Moment der Prämeditation wird so ganz selbständig behandelt, es erscheint die

Willensbestimmung nicht mehr in ihrem Verhältniß zur Rechtsverletzung, sondern sie tritt um ihrer selbst willen auf.

Endlich ist noch auf einen Umstand aufmerksam zu machen:

Lübisches Recht II. 216. Van claghe vp vorsate. Handelet men sake vor deme richte dar men vorsate ane roret so wat des deme voghede vnde den ratmannen de bi eme sittet to boret dat moghen se richten mer der vorsate scholen se sic nicht vnderwinden wante dhe scholen se ganz senden vp dat hus vor dhen sittende Rat quemet auer also dat de voghet vnde de ratman dhe bi ome sittet dar recht vore nemen so ne scholden de ratman vp deme hus jenen dhen et an trede uor bat nicht be swaren.

Es handelt sich hier also um Vergehen, welche mit vorsate begangen sind und für diese wird hinsichtlich der Competenz bestimmt, daß das Delikt, wenn es anders nach Abzug des durch die vorsate gebildeten qualificirenden Momentes zur Competenz des Vogtes und der Rathmannen gehört, vor diesem Gericht abgeurtheilt werden solle. Aber die vorsate selbst gehört nicht zur Competenz des Vogtes, sondern hierüber hat der »sittende Rat up deme hus«, also der gesammte Rath zu urtheilen. — Die Schlußbestimmung sagt nur, daß wenn trotz dieser Competenz-Vorschrift dennoch der Vogt über das gesammte Delikt geurtheilt haben sollte, ohne die vorsate ausdrücklich auszunehmen, dann der gesammte Rath nicht das Recht habe, die Sache von Neuem aufzunehmen, um die ordnungsmäßig nur von ihm zu verhängende Strafe wegen der vorsate auszusprechen. Es würde dieses dem auch im älteren deutschen Proceß anerkannten Grundsatze: Non bis in idem widersprechen[87]).

Also nicht blos hinsichtlich der Straffatzung, sondern auch

87) Vergl. Zöpfl deutsche Rechtsgeschichte Thl. II. 2. Abtheilung S. 409 not. 25.

hinsichtlich des Beweises und der Competenz wird das die Absichtlichkeit qualificirende Moment als ein selbständiger Theil des Deliktes behandelt. Somit wurde vorsate begrifflich etwas Selbständiges, man wurde in den Stand gesetzt, die Folgen dieses selbständigen Begriffes und somit diesen selbst in Verhältnissen anzuwenden, die mit der ursprünglichen Bedeutung desselben gar nichts Gemeinsames haben. Dies mochte in folgender Weise geschehen. Für vorsate war eine bestimmte Strafe anerkannt; man bestimmte für einzelne Handlungen, die etwa durch städtische Autonomie als strafbare hingestellt wurden, die Strafe der vorsate. So finden wir beispielsweise im Hamburger Recht 1270 XII. 3 — So welk den anderen sleit mit eneme stocke vnde vngewaret anlopt, de schal beteren en gans vorsat. Vnde men schal eme nicht laten — nicht das Geringste angedeutet, woraus wir auf das Vorhandensein des dolus praemeditatus schließen dürften, ja im Gegentheil, wenn wir schon irgend eine bestimmte Art der Absichtlichkeit annehmen wollen, so würden wir aus den Worten der Stelle eher auf Affekt, als auf Prämeditation geleitet werden. Aber darauf kommt es hier auch gar nicht an. Wir haben es mit einem selbständigen Delikt, einer besonderen Art der leichteren Körperverletzung zu thun und für diese ist diejenige Strafe bestimmt, welche nach Hamburger Recht für vorsate erkannt wird.

Aehnlich verhält es sich mit Hamburger Recht 1270 XII. 13.

Weret over, dat iennich man den andern heete deef, offte mordere, offte mordbrennere, offte rovere . . . . offte iennighe sacke dergelyk, uppe dem hus vor deme rade, dat schal he beteren mit enen vorsate mit 12 marcken penningen: unde des en schal men eme nicht laten.

Es handelt sich hier zwar um eine qualificirte Injurie, die Qualifikation liegt aber nicht in der Prämeditation, die überhaupt seltener bei Injurien vorkommt, sondern in dem Ort, an welchem

injuriirt wurde. Für diese Injurie wird eine Strafe der vorsate bestimmt[88]), mit dem Bemerken, daß man diese Strafe nicht erlassen solle[89]), obwohl nichts in der Stelle auf die ursprüngliche Bedeutung von vorsate hinweist.

Gewöhnte man sich so daran, zu sagen: Er hat die Strafe der vorsate verschuldet, so war es nur noch ein Schritt weiter und man sagte: er hat vorsate verschuldet, er ist der vorsate schuldig geworden, d. h. man bezeichnete mit vorsate auch das Vergehen selbst, auf welches die Strafe der vorsate gesetzt ist (Lübisches Recht I. 66. II. 87). Und so möchte ich auch die oben angeführte Stelle des Lübischen Rechts II. 89 dahin erklären, daß bei Schlägereien zwischen Laien und Geistlichen niemals die Strafe der vorsate eintreten solle. Aus welchen Gründen dies bestimmt ist, ist aus der Quelle nicht ersichtlich.

Wir haben also für die Begriffsbestimmung von vorsate folgende Resultate gewonnen:

1) Vorsate bedeutet ursprünglich eine bestimmte Art der Absichtlichkeit, welche dem modernen Begriff des dolus praemeditatus jedenfalls sehr nahe kommt. Dieser Grad der Absichtlichkeit verschmilzt nicht vollständig mit dem Delikt, sondern bildet einen selbständigen Theil desselben. Als solcher äußert er Wirksamkeit auf den Beweis, die Competenz und die Strafe.

2) Die selbständige Strafe für vorsate ermöglicht es, daß dieselbe als etwas ein für allemale feststehendes auf beliebige Delikte angewandt wurde, für welche sie passend erscheinen mochte.

---

88) Daß das Hamburger Recht zwei Strafbestimmungen für vorsate hatte, ersehen wir aus 1270 XI. 2. al. 2 und al. 3.

89) Köstlin in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XV. S. 233 findet in den Worten: unde des en schal men eme nicht laten den Ausschluß der exceptio veritatis bei der Injurie. Es genügt, auf dies arge Mißverständniß aufmerksam gemacht zu haben. — Bremisches Recht 1303 S. 37 al. 1 sagt statt: unde des en schal men eme nicht laten, — „unde dar en scal de Rade nene gnade an don".

3) Ein Delikt, für welches die Strafe der vorsate bestimmt wurde, bezeichnete man auch wohl selbst mit dem Ausdrucke vorsate.

Zu diesen Resultaten bin ich durch die Betrachtung der Quellen gelangt und ich glaube, es ist unbestreitbar, daß vorsate in den drei angeführten Bedeutungen vorkommt, indem dies Wort bald einen bestimmten Schuldgrad, bald eine bestimmte Strafe, bald ein bestimmtes Delikt bezeichnet. Ob nun aber der Begriff denjenigen historischen Entwickelungsgang wirklich genommen hat, den ich im Vorstehenden auszuführen versuchte, das kann bezweifelt werden und zwar aus dem Grunde, weil ich nicht im Stande bin, Quellen nachzuweisen, in denen nur die eine der angeführten Bedeutungen vorkäme. Vielmehr ist in unsern Quellen die historische Entwickelung, wenn sie anders stattgefunden hat, bereits als abgeschlossen anzusehen, indem alle drei Bedeutungen nebeneinander vorkommen. Indessen möchte ich doch trotz dieses Zweifels meine Ansicht aufrecht erhalten und zwar aus folgenden Gründen: Zunächst ist es nicht gut denkbar, daß ein und dasselbe Wort von Anfang an in mehreren Bedeutungen zugleich gebraucht sein sollte, sondern, wo wir dies finden, ist anzunehmen, daß eine Bedeutung die ursprüngliche, die andern dagegen übertragene sind. — Wenn ich nun für vorsate als die ursprungliche Bedeutung die einer bestimmten Willensbestimmung hinstellte, so spricht dafür das Wort selbst, ferner daß es in dieser Bedeutung noch in den Quellen gebraucht wird und endlich, daß bei dieser Annahme sich ein natürlicher Entwickelungsgang für die Art und Weise der Uebertragung des Ausdruckes auf andere Verhältnisse aufstellen läßt.

Was nun die Quellen anbetrifft, in denen von vorsate gesprochen wird, so finden wir allerdings das größte Material im Lübischen, Hamburger und Bremer Recht. Daß aber dieser Ausdruck nicht auf die genannten Quellen beschränkt gewesen ist, hat schon die vorhergehende Darstellung gezeigt. Ja nicht einmal

auf Norddeutschland dürfte der Gebrauch dieses Wortes zu beschränken sein, da Osenbrüggen an dem angeführten Orte auch einzelne süddeutsche Rechtsquellen genannt hat.

Für die weitere Entwickelung der vorsate ist nur soviel mit Bestimmtheit zu sagen, daß die Bedeutung des Wortes als einer bestimmten Strafe oder eines bestimmten Deliktes in dem späteren Rechte nicht mehr vorkommt. Und wenn es auch selbst im Einzelnen nicht nachweisbar ist, wie auf die spätere Entwickelung der Lehre von der Willensbestimmung die vorsate eingewirkt hat; — soviel darf wohl behauptet werden, daß dieser Begriff mitgewirkt hat, um die Unterscheidung zwischen Handeln im Affekt und Handeln mit Ueberlegung allgemeiner zu machen. Sollte man aber auch diesen Begriff für die spätere Entwickelung des Strafrechts als ganz unfruchtbar erkennen, so bleibt derselbe doch jedenfalls eine höchst interessante Erscheinung, um zu erkennen, in welcher Weise schon vor der CCC. im deutschen Strafrechte auf die verschiedenen Arten der Willensbestimmung Rücksicht genommen wurde.

§. 9.

Beweis der Absichtlichkeit.

Soll durch den Beweis dargethan werden, daß Absichtlichkeit der Handlung vorhanden war, so muß der Kläger beweisen; Sache des Verklagten ist es dagegen, den Beweis zu führen, daß die von ihm veranlaßte Rechtsverletzung unabsichtlich geschehen sei. Zur Beantwortung der Frage, welche der beiden eben bezeichneten Beweismethoden in unsern Quellen zum Beweise der Absichtlichkeit benutzt worden sei, ist an dasjenige anzuknüpfen, was bereits oben am Schlusse des §. 5 gesagt worden ist. Es handelte sich dort darum, festzustellen, ob aus der Art und Weise, wie das Nichtvorhandensein der Absichtlichkeit dargethan werde, ein Schluß zu ziehen sei auf die in Folge der unabsichtlichen Rechtsverletzung

etwa eintretende Entschädigungspflicht. Um dies zu ermöglichen mußte festgestellt werden, wie das Nichtvorhandensein der Absichtlichkeit erwiesen würde. Und indem dieses geschah, wurde zugleich mit gezeigt, daß der Verklagte die Unabsichtlichkeit der Handlung erwies, bald durch seinen alleinigen Eid, bald mit Hülfe von 6 Eidhelfern. Es wurde damit zu gleicher Zeit implicite die Regel für den Beweis der Absichtlichkeit aufgestellt, nämlich die: der Verklagte beweist, daß eine Rechtsverletzung unabsichtlich begangen sei. — Diese Regel scheint indessen nicht ausnahmslos dagestanden zu haben, wenigstens lassen sich einige Stellen anführen, welche einen gegen den Verklagten geführten Beweis, durch welchen ihm das Vorhandensein der Absichtlichkeit bei seiner Handlung dargethan wird, anzudeuten scheinen.

Diese Stellen sind:

Magdeb. Fragen (Anhang F. 548 S. 2 al. 2). Wenn einer den andern fürsetzlich oder aus arger List verlemet, ihm eine kampffwunden .... gewirckt hat, so solchs peinlich gekagt wirdt und der beklagt sich darzu bekennet, oder wie Recht überweiset würde, so ist sein Bus die Handt ....

Es wird also hier nur an die Alternative gedacht, daß entweder der Verklagte bekennet, oder daß er überwiesen wird, also daß gegen ihn der Ankläger beweist; dagegen ist nicht erwähnt, daß der leugnende Verklagte selbst seine Schuldlosigkeit darthut.

In ähnlicher Weise bestimmt §. 23 des Soester Stadtrechts (Gengler S. 442):

Si quis concivi suo insidias tetenderit. uel ui domum ipsius appecierit. et conuictus fuerit. decem marcas et carratum uini uadiabit.

Der Beweis der insidiae wird danach, wie dieses durch die passive Fassung der Stelle wenigstens ausgedrückt sein kann, gegen den Verklagten durch den Kläger geführt. — Endlich ist noch eine

Stelle aus dem Stadtrecht von Leobschütz (Gengler S. 248) mitzutheilen:

§. 22. Item si quis aliquem ex proposita malicia debaculaverit, vel aliter male tractaverit, et actor probare non poterit, sed reus negaverit, propria manu se purgabit.

Hier ist nun sehr deutlich gesagt, daß der Kläger zunächst zu beweisen habe, worauf der Verklagte bei gelungenem klägerischem Beweise verurtheilt wird. Erst in dem Falle gelangt der Verklagte zum Beweise der Unschuld, wenn der klägerische Beweis mißglückt ist; so daß hier der Eid des Verklagten eigentlich weniger in seiner ursprünglichen Bedeutung erscheint als in der des späteren canonischen purgatorii.

Dieses sind diejenigen Stellen, welche ich als Ausnahme von der oben aufgestellten Regel anführen kann. Aber aus mehr als einem Grunde dürften dieselben die obige Regel wenigstens als Regel unangefochten stehen lassen. Zunächst nämlich stehen schon der Anzahl nach diese drei Stellen in keinem Verhältnisse zu denjenigen, in denen der Verklagte die Unabsichtlichkeit beweist; sodann ist es auch zweifelhaft, ob der klägerische Beweis nicht mit Rücksicht auf das ganze Delikt, und nicht blos mit Bezug auf die Absichtlichkeit vorgeschrieben ist, so daß also, wenn dieses der Fall wäre, für die über den Beweis der Absichtlichkeit geltenden Grundsätze gar nichts zu lernen sein würde; und endlich wird uns auch gar nicht gesagt, durch welche Mittel denn der Kläger seinen Beweis zu führen habe. Dies alles deutet darauf hin, daß wenn der Beweis des Klägers zur Feststellung des dolus auch mitunter vorkam, dennoch diese Beweismaxime sehr wenig ausgebildet gewesen sein muß.

Das bisher Gesagte gilt aber nur für den Beweis der Absichtlichkeit, abgesehen von der vorsate. Ueber den Beweis der vorsate ist noch besonders zu handeln.

Um nämlich gleich das Resultat voranzustellen, so läßt sich für die gesammten Quellen, welche von vorsate handeln, eine

durchgehende Regel über die Beweismaxime gar nicht aufstellen, sondern es ist für einzelne Quellen zu behaupten, daß der Verklagte die Abwesenheit der vorsate beweist, während andere bestimmen, der Beweis derselben müsse von dem Kläger geführt werden. Zu den ersteren gehören Gosl. Stat. und Bremisches Recht. Der Verklagte beweist und zwar durch seinen alleinigen Eid das Nichtvorhandensein der vorsate[90]). — Zu letzteren gehören das Lübische und Hamburger Recht[91]). Die Art und Weise, wie gegen den Verklagten die vorsate bewiesen wird, ist in folgender Weise bestimmt:

1) Es findet durchgängig Zeugenbeweis statt[92]).

2) Es werden zwei Zeugen gefordert[93]).

3) Die Zeugen müssen besondere Glaubwürdigkeit verdienen[94]).

4) Die Zeugen sollen vereidigt werden[95]).

Diese über den Beweis der Absichtlichkeit mitgetheilten Grundsätze zeigen, daß ein bestimmter Abschluß in der Entwickelung der Beweismaxime noch nicht eingetreten ist.

---

90) Gosl. Stat. S. 91 Z. 30 ff. Gosl. Stat. S. 50 Z. 8 schließt den Reinigungseid nur dann aus, wenn der Thäter auf hanthafter That ergriffen wurde. Bremisches Recht 1303 S. 37 al. 1: 1433 S. 499.

91) Auch das Stadtrecht von Geluden (Gengler S. 145. 3) ist hier anzuführen.

92) Lübisches Recht I. 91. II. 88. 214. III. 169. 391. Hamburger Recht 1270. XI. 2. 3.

93) Lübisches Recht II. 88. III. 169.

94) besetene lude — Lübisches Recht II. 88. III. 169 — besetene lude, de erve hebbet — Lübisches Recht III. 391. Hamburger Recht XI. 2. — boni viri cespitalitatem in civitate habentes — Lübisches Recht I. 91 — allerhande lude, de gude lude sin vnde vnse borgere sin offte borgere knapen, de bederue syn — in dieser Ausdehnung aber nur, wenn das Vergehen zur Nachtzeit geschah. — Hamburger Recht 1270 XI. 3.

95) Lübisches Recht II. 214.

Zweites Kapitel.

Aufhebungsgründe der Zurechnungsfähigkeit.

§. 10.

Jugend und Geisteskrankheit.

Die Zusammenstellung dieser beiden Aufhebungsgründe der Zurechnungsfähigkeit rechtfertigt sich nicht nur den Quellen gegenüber, sondern wird durch dieselben geradezu geboten. Und zwar aus dem Grunde, weil an sehr vielen Orten[1]) Jugend und Krankheit so nebeneinander gestellt sind, daß schon aus dieser Nebeneinanderstellung angenommen werden kann, es werden auch die rechtlichen Folgen derselben übereinstimmend sein, eine Annahme, welche denn auch durch die Quellen vollständig bestätigt wird. — Es erscheint daher als etwas mehr Zufälliges, wenn einzelne Stellen ausschließlich von dem jugendlichen Alter[2]), andere wieder ausschließlich von der Geisteskrankheit handeln[3]); mitunter wird auch wohl ein Ausdruck, der sonst gewöhnlich von Geisteskrankheiten gebraucht wird, auf das jugendliche Alter bezogen[4]). An einer Stelle[5]) ist das Vorhandensein der rechten Vernunft als Voraussetzung der Strafbarkeit gefordert, ohne daß gesagt wird,

---

1) Vergl. beispielsweise Richtsteig cap. 32 §. 12. cap. 43. Gosl. Stat. S. 42. Z. 8—20; S. 93. Z. 8.

2) Ssp. II. 65. Verm. Ssp. IV. 15. 1. Gosl. Stat. S. 47. Z. 28 ff. Lüneburger Stadtrecht bei Kraut S. 51 al. 5.

3) Ssp. III. 3. Verm. Ssp. IV. 14. 5.

4) Richtsteig cap. 43 §. 4 heißt es: ... dat it kint noch als junk is, dat it sic van dorheit nicht vorstan kan arges unde gudes ... und ebenda §. 5: Sspriks tu aver du willest bewisen, dat it de unsinnige dore dorch dorheit nicht gedan hebbe ....

5) Verm. Ssp. V. 28. 1.

ob das Fehlen der rechten Vernunft auf Jugend oder auf Geisteskrankheit zurückzuführen sei.

Bevor festzustellen ist, wie weit Jugend und Geisteskrankheit einen Einfluß auf die Strafbarkeit äußern, müssen zunächst diejenigen Personen bezeichnet werden, welche den Quellen zufolge als junge oder geisteskranke Personen aufzufassen sind.

1) Hinsichtlich der Jugend. Um das Lebensalter, soweit dasselbe einen Einfluß auf die Strafbarkeit äußert, zu bezeichnen, bedienen sich die Quellen nicht selten des Ausdruckes: ein kint binnen sinen jaren[6]), oder auch ein kint under sinen iarn[7]). — Diese Ausdrücke würden genügen, um darzuthun, daß nur bis zum vollendeten 12. Jahre, die Jugend auf die Strafbarkeit von Einfluß sei[8]). Diese Grenze wird aber auch festzuhalten sein; denn alle diejenigen Quellenzeugnisse, die ein Lebensalter ausdrücklich festsetzen, wenn sie den Einfluß des jugendlichen Alters erwähnen, sprechen sämmtlich von dem 12. Jahre als demjenigen Zeitabschnitte, über welchen hinaus nicht mehr auf das Lebensalter bei der Bestrafung Rücksicht zu nehmen ist[9]). — Davon macht allein eine Stelle des Kulmischen Rechts V. 36 eine Ausnahme. Hier wird mit Bezug auf den Diebstahl bestimmt, daß ein Mensch unter 15 Jahren sein Leben nicht verwirken könne. Es dürfte nun aber wohl zunächst diese Altersgrenze um ein Jahr herabzusetzen sein. Denn Kulm V. 36 entspricht Schwabenspiegel 232 und diese Quelle spricht nicht von 15 sondern von 14 Jahren. Gestützt hierauf und auf den weiteren Umstand, daß Leman in seiner Ausgabe des Kulmer Rechts zu der angeführten Stelle zwei Varianten mittheilt, welche ebenfalls nur die Altersgrenze von

6) Ssp. II. 65. Gosl. Stat. S. 42. Z. 8. S. 89. Z. 5.

7) Verm. Ssp. IV. 15. 1.

8) Homeyer Register zum Ssp. s. v. Mündigkeit.

9) Richtsteig cap. 43 §. 4. Magdeb. Fragen I. 9. 1. Lübisches Recht I. 85. III. 32.

14 Jahren kennen, dürfte die angeführte Reduktion gerechtfertigt erscheinen. Aber selbst diese Altersgrenze dürfte für das norddeutsche Strafrecht gleichgültig sein. Wir können dieser Bestimmung des Schwabenspiegel ebenso wenig eine Bedeutung für das norddeutsche Strafrecht einräumen, wie der weiteren, daß falls der junge Dieb nicht Güter habe, um den Diebstahl zu ersetzen, er an Haut und Haar gestraft werden solle — man sal ym hawt vnd hor abeslan. — Es ist dieses eine ganz vereinzelt dastehende Bestimmung, für welche nicht das geringste Analogon in den norddeutschen Rechtsquellen zu finden ist.

Nur beiläufig ist es zu erwähnen, daß in den norddeutschen Rechtsquellen auch höhere Altersstufen rechtliche Wirksamkeit äußern, daß dies aber nicht in strafrechtlicher, sondern nur in privatrechtlicher Beziehung der Fall ist[10]).

Somit würden wir als Regel festzuhalten haben, daß nur bis zu dem zurückgelegten 12. Jahre die Jugend einen Einfluß auf die Strafbarkeit äußert.

Ueber die Art und Weise, wie das jugendliche Alter festzustellen sei, wenn darüber Zweifel entsteht, enthalten unsere Quellen nichts. Es ist dieses um so auffallender, als von dem Umstande, ob jemand sein 12. Jahr erreicht habe, jedenfalls viel abhängt und überdem der Ssp. es ausdrücklich erwähnt, daß über die Frage, ob jemand 21 Jahr alt geworden, leicht Zweifel ent-

---

10) Ssp. II. 42. Ueber den Ausdruck to sinen dagen komen vergl. Homeyer Register zum Ssp. s. v. „Mündigkeit". Lübisches Recht I. 88 nimmt statt der 21 Jahre des Ssp. nur 18 Jahre an. — Beiläufig kann hier angeführt werden, daß auch das Dithmarsche Recht 1539 art. 165 das 18. Jahr anführt als dasjenige, nach dessen Zurücklegung man sich bei der twolfmanede — der Nemede — betheiligen dürfe. Hinsichtlich des Zeitpunktes von welchem an jedenfalls volle kriminelle Imputation anzunehmen ist, bestimmt Dithmarsches Recht 1447 §. 185: en junghe, de de olt is 11 johr und 6 weken, de schal u. mach sin eghen vormunt wesen.

stehen könnten und auch einen Weg angiebt, auf welchem dieser Zweifel zu lösen sei.

Ssp. I. 42. §. 1. . . . Svelkes mannes alder man nicht ne weit, hevet he har in dem barde unde nidene unde under jewederme arme, so sal man weten dat he to sinen dagen komen is.

Es würde nichts nützen, Vermuthungen aufzustellen, wie der Beweis für das erlangte oder noch nicht erlangte 12. Jahr beizubringen gewesen sein mag, um so mehr als das Schweigen der Quellen über diesen Punkt darauf hinzudeuten scheint, daß ein Zweifel über das Alter jedenfalls zu selten vorgekommen sein muß, als daß man hierüber eine besondere Bestimmung zu treffen, noch erst für nothwendig gehalten hätte.

2) Hinsichtlich der Geisteskrankheit. Zur Bezeichnung der Geisteskrankheit werden in unsern Quellen verschiedene Ausdrücke gebraucht. Bald bedient man sich des Substantivs „Thor"[11]), bald drückt man das Verhältniß durch das Adjektivum „sinnlos" aus[12]), bald beschreibt man dasselbe, wie: „Er ist sinnlos geworden"[13]), oder: Eyn man edder eyn vrouwe ut eren synnen gekomen van suke wegen edder van anderen saken[14]) — alle diese Ausdrücke und Wendungen zeigen deutlich genug, daß Geisteskrankheiten selbst im Gegensatze zu andern körperlichen Krankheiten zur Zeit unserer Quellen beobachtet worden sind, daß man sich genöthigt gesehen hat, für geisteskranke Personen besondere

11) Ssp. III. 3. Richtsteig cap. 43 §. 5 »de unsinnige dore« — §. 6 und 7. Gosl. Stat. S. 42. Z. 8. S. 47. Z. 28.

12) Ssp. III. 3. Gosl. Stat. S. 42. Z. 8. S. 47. Z. 28. Verm. Ssp. IV. 15. 5.

13) Verm. Ssp. IV. 14. 3.

14) Lübisches Recht II. 173. III. 71. Diese Stellen beziehen sich auf privatrechtliche Folgen der Geisteskrankheit, konnten aber hier, wo es nur darauf ankommt, Bezeichnungen für die Geisteskrankheiten aufzustellen, mit benutzt werden.

Bestimmungen zu treffen. — Freilich einen medicinisch technischen Begriff wird man in den Quellen vergeblich suchen, auch der Natur der Sache nach nicht erwarten dürfen. Zwar sind die hier mitgetheilten Ausdrücke an sich ebenso brauchbar, Geisteskrankheiten zu bezeichnen, wie diejenigen, welche in den heute geltenden Strafgesetzbüchern benutzt werden. Aber wenn wir heute die Worte Wahnsinn, Blödsinn oder Aehnliches in den Strafgesetzen lesen, so gewinnen diese Worte dadurch eine bestimmte technische Bedeutung, daß zur Entscheidung der Frage, ob jemand geisteskrank sei oder nicht, eine gerichtsärztliche Begutachtung nicht fehlen darf. Diese fehlte aber jedenfalls in der Zeit vor der CCC. — Daß kunstverständige Gutachten überhaupt abgegeben werden, ist unsern Quellen zwar nicht fremd. Aber es bleiben derartige Gutachten auf äußere Verletzungen, Verwundungen und Lähmungen beschränkt[15]); Geisteskrankheiten durch ärztliche Untersuchungen feststellen zu lassen war deswegen nicht möglich, weil die wissenschaftliche Ausbildung der Psychiatrie erst der neuesten Zeit angehört[16]). — So müssen wir denn annehmen, daß in der Zeit vor der CCC. die Frage, ob jemand geisteskrank sei, nur durch den gewöhnlichen gesunden Menschenverstand beantwortet wurde. Hierin liegt allerdings eine gewisse Rohheit, die aber gewiß nicht dem Rechtsbewußtsein des älteren Rechts, sondern höchstens der älteren Medicin zur Last gelegt werden kann. Man mag nicht im Stande gewesen sein, überall die Geisteskrankheit zu erkennen; das Recht aber wäre erst dann ein rohes gewesen, wenn man trotz der erkannten Geisteskrankheit auf dieselbe

---

15) Gosl. Stat. S. 31. Z. 23. S. 90. Z. 1. Magdeb. Fr. I. 2. 2. III. 1. 10. Lübisches Recht IV. 69. Hamburger Recht 1270. XII. 9. 1292. P. 9. 1497. O. 4.

16) Vergl. Haeser Lehrbuch der Geschichte der Medicin. Jena 1845. S. 774. Ueber die Entwicklung der gerichtlichen Medicin überhaupt: S. 783. 784.

keine Rücksicht genommen hätte. Von diesem Vorwurfe aber ist das ältere deutsche Recht frei.

Jugend und Geisteskrankheit äußern in folgender Weise einen Einfluß auf die Strafbarkeit:

1) Jede kriminelle Strafe, sowohl Lebens- und verstümmelnde Strafen, wie auch Strafen an Haut und Haar fallen fort. Dieser Satz wird direkt durch keine Quellenstelle ausgesprochen; es bedarf derselbe daher eines Beweises.

Zunächst ist wiederholentlich darauf hinzuweisen, daß Jugend und Geisteskrankheit durchaus von demselben Gesichtspunkte aus behandelt werden. Ich führe hier nur an: Richtsteig cap. 43 §. 4.

.... na dem dat it kint noch als junk is ... odder na dem dat god N. geplaget heft an sime hovede unde heft eme benomen sine redeleke vornuft .... oft he sin lif de wile vorwerken moge (nämlich der zuletzt erwähnte Geisteskranke). So vintme se ne mogen (nämlich das Kind und der Geisteskranke).

Nachdem also die Frage für Jugend und Geisteskrankheit gesondert gestellt war, wird die Antwort für beide gemeinschaftlich gegeben. (Vergl. Richtsteig cap. 32 §. 12.)

Gosl. Stat. S. 42. Z. 8.

Kindere binnen iren iaren noch doren noch sinnelose lüde de ne möghen ire lif nicht vorwerken.

Weiter unten werde ich noch darthun, daß Jugend und Geisteskrankheit nur als zwei Species auf denselben Gattungsbegriff, nämlich auf das fehlende Unterscheidungsvermögen zurückzuführen sind. Wir werden weiter sehen, daß einzelne nachtheilige Folgen sich allerdings noch an die rechtsverletzenden Handlungen der jungen und geisteskranken Personen anschließen, daß aber auch diese wiederum für beide die gleichen sind. — Gestützt auf diese Umstände erscheint die Behauptung nicht zu gewagt,

daß, wenn die Quellen den Fortfall einer Strafart für junge Personen bestimmen, wir diese Bestimmung auch auf Geisteskranke übertragen dürfen und umgekehrt. — Nun bestimmen mehrere Stellen für das jugendliche Alter nichts weiter, als daß die Todesstrafe fortfallen solle; so Ssp. II. 65 §. 1: Nen kint ne mach binnen sinen jaren nicht dun, dar it sin lif mede verwerke; Richtsteig cap. 31 §. 12: Weret aver en kint dat der hanthaften dat vorwunnen were, so vrag of iennich kint sin lif vorwerken moge. Vergl. Verm. Ssp. IV. 15. 1. Gosl. Stat. S. 42. Z. 8. Z. 12. Kulm V. 36. Dy wyle eyn mensche vndir vumftzen iaren ist. so mag is sinen lyb vmme dupheit nicht vorwyrken. Aber auch hinsichtlich der Geisteskranken beschränken sich einzelne Stellen darauf, nur den Ausschluß der Lebensstrafe auszusprechen, wie dies in den bereits angeführten Stellen des Richtsteigs cap. 43 §. 4 und der Gosl. Stat. S. 42. Z. 8 der Fall ist. Zu diesen treten aber ergänzend andere Quellenstellen hinzu, nämlich:

Verm. Ssp. V. 28. 1. Wer der ist, der god schildet adder sine heyligen in wichbilde der rechter vornufft ist, dem sal man dy czungen slan durch eynen spicczigen gesliffen hacken, der an der stogsul an eyn gemeynen marte sted.

Durch diese Stelle wird der Fortfall einer verstümmelnden Strafe für Personen ausgesprochen, die nicht bei rechter Vernunft sind. Dieses ist zunächst bei den Geisteskranken der Fall. Da aber nach Richtsteig cap. 43 §. 4 der Ausdruck „Thorheit“, der sonst gewöhnlich für die Geisteskranken benutzt wird, auch auf junge Verbrecher angewandt ist (vergl. oben not. 4), so können wir auch mit Bezug auf Verm. Ssp. V. 28. 1. behaupten, daß in dieser Stelle nicht blos an Geisteskranke, sondern auch an jugendliche Personen gedacht sei.

Weiter ist anzuführen: Ssp. III. 3.

Man ne sal over nen wif richten, die levendich kint draget, hoger danne to hut unde to hare. — Over rechten doren unde over sinnelosen man ne sal man ok nicht richten; . . . . (Vergl. Verm. Ssp. IV. 14. 3.)

Hatte die vorhergehende Stelle den Beweis dafür geliefert daß verstümmelnde Strafen für Leute, die nicht bei rechter Vernunft sind, fortfallen, so weist diese Stelle nach, daß auch nicht einmal Strafe an Haut und Haar eintreten darf. Ueber schwangere Weiber soll man zwar richten, aber nicht höher als zu Haut und Haar, über Thoren und sinnlose Leute soll man dagegen gar nicht richten. Wollte man aus den Worten: ok nicht richten den Schluß ziehen, daß hinsichtlich der möglichen Strafhöhe sinnlose Leute und schwangere Weiber gleichgestellt seien, daß also Strafe an Haut und Haar für Geisteskranke anwendbar sei, so würde einem derartigen Schluß doch die Wortfassung der ganzen Stelle widersprechen. Der Ssp. hätte dann jedenfalls eine andere Fassung, etwa die: ok nicht hoger danne to hut unde to hare — wählen müssen. Ueberdem sagt verm. Ssp. IV. 14. 5 bei der offenbaren Wiederholung dieser Sachsenspiegelstelle ganz unbeschränkt: Man sal obir sinlose lute nicht richten — ohne auf irgend eine Strafart hinzuweisen. — Mit Bezug auf dasjenige, was oben über das Verhältniß zwischen Kindern und Geisteskranken gesagt ist, können wir diese für geisteskranke Personen getroffene Bestimmung auch auf jugendliche Verbrecher übertragen.

Es wird nun aber weiter der Satz, daß bei jugendlichen Verbrechern und geisteskranken Personen jede kriminelle Strafe fortfällt, noch durch Folgendes weiter bestätigt.

Mehrere Quellenstellen erwähnen nämlich und zwar unmittelbar nachdem sie den Fortfall der Todesstrafe hervorgehoben haben, solcher Delikte, auf welche, wie auf Verwundungen und Lähmungen, die Todesstrafe nicht gesetzt ist. Hier lag gewissermaßen eine zwingende Nothwendigkeit vor, zu bestimmen, wie es

mit der Bestrafung in den Fällen gehalten werden solle, wo die Natur des Delikts zwar nicht die Todesstrafe aber doch eine andere Art der Bestrafung gefordert hätte. Davon findet sich nun aber nicht nur nichts, sondern es wird lediglich die Entschädigungspflicht erwähnt, bei welcher es ebenso gut bei Tödtungen, wie bei Verwundungen, wie bei jedem sonstigen durch ein Kind herbeigeführten Schaden sein Bewenden hat. — (Vergl. Ssp. II. 65 §. 1. Verm. Ssp. IV. 15. 1. Gosl. Stat. S. 42. Z. 12.) So müssen wir also schließen, daß ebenso wie die Todesstrafe bei todeswürdigen, so auch jede andere Strafe bei anderen Verbrechen ausgeschlossen sei.

Selbst die einzige Erwähnung der Strafe an Haut und Haar für jugendliche Verbrecher, die sich Kulm V. 36 vorfindet, kann das eben Gesagte nur bestätigen. Nachdem nämlich die sonst auf den Diebstahl gesetzte Todesstrafe für junge Diebe ausgeschlossen ist, fährt die Stelle fort: Vnde hot is (nämlich das Kind) pfleger vnde gut. so sal man den luten vor is gelden. vnd hat is nicht tzu gelden. man sal ym hawt vnd hor abeslan. Schon der Umstand, daß die Stelle, in der wir allein die Strafe an Haut und Haar für jugendliche Verbrecher erwähnt finden, dem Schwabenspiegel entnommen ist, deutet darauf hin, daß im Uebrigen dem norddeutschen Strafrecht eine derartige Bestimmung fremd gewesen sei. Aber es wird auch gar nicht einmal in dem Kulmischen Recht gesagt, daß für junge Diebe statt der verwirkten Todesstrafe eine Strafe an Haut und Haar eintreten solle, sondern es wird principaliter bestimmt, sie sollen gar nicht bestraft werden, es genügt, wenn sie den Schaden ersetzen. Und nur als Surrogat für den nicht zu leistenden Schadensersatz wird die Strafe an Haut und Haar genannt. Darin allein weicht die angeführte Stelle des Kulmischen Rechts von den übrigen norddeutschen Rechtsquellen ab, welche, wie später noch zu zeigen, für den Fall der Insolvenz des jungen Verbrechers andere Bestimmungen treffen.

Es ist aber nicht blos für die Ausschließung jeder kriminellen Strafe Jugend und Geisteskrankheit wirksam, sondern es wird

2) auch die Bußzahlung ausgeschlossen. Der direkte Beweis hiefür ist allerdings nur aus den Lübischen und Goslaer Rechte beizubringen. Hier heißt es: I. 85.

De puero XII annorum. Si duo pueri infra XII annos existentes. inuicem se usque ad effusionem sanguinis leserint. advocatus non iudicabit nec aliquam inde percipiet composicionem.

In deutscher Sprache ist die Stelle noch mit einem Zusatze wiederholt: III. 32.

Van kynderen van XII Jaren. Wor sik kyndere van XII jaren vnder en ander blot wunden dar en heft de richter nicht an den er olderen scholen sy vleschliken tuchtigen vmme den broke mit guden scarpen Roden.

Dazu kommt: Gosl. Stat. S. 47. Z. 28.

Ropt en dat gheröchte in bolghenem mode to unrechte over enne, dar mot he umme deme voghede wedden unde deme kleghere sine bute gheven of he dat klaghet, it ne were en dore oder en sinnelos minsche.

Es kann allerdings der Umstand, daß es nur zwei Quellen sind, in welchen ausdrücklich der Ausschluß der Buße bestimmt wird, einen Zweifel über die allgemeine Gültigkeit dieses Satzes entstehen lassen. Erwägt man aber, daß bei den zahlreichen Bestimmungen, welche die übrigen Quellen für Jugend und Geisteskrankheit treffen, eine sehr nahe liegende Veranlassung gewesen wäre, die Bußzahlung, wenn sie anders vorgekommen wäre, wenigstens ein einziges mal zu erwähnen, daß aber eine derartige Bemerkung vergeblich in den Quellen gesucht wird, so würden wir schon aus dem bloßen Stillschweigen der Quellen über Eintreten der Bußzahlung zu dem Schlusse genöthigt sein, daß dieselbe nicht vorgekommen sei. Wenn nun noch zwei Quellen den Fortfall der

Buße ausdrücklich bestimmen, so können wir darin nur eine direkte Bestätigung derjenigen Ansicht finden, zu welcher wir auf indirektem Wege so wie so hätten gelangen müssen.

Als einzige rechtliche Folge für die Handlungen von Kindern und geisteskranken Personen bleibt nur die Entschädigungspflicht übrig, die bald als einfacher Schadensersatz, bald als Wergeldszahlung auftritt [17]).

Es entsteht jetzt die Frage, wie ist dieser Einfluß, den Jugend und Geisteskrankheit haben, zu erklären?

Diese Frage zerfällt in zwei andere: I. wie kommt es, daß Jugend und Geisteskrankheit überhaupt einen Einfluß auf die rechtliche Beurtheilung der Handlung äußern? und II. wie kommt es, daß dieser Einfluß sich nur auf Fortfall der Strafe und Buße beschränkt, die Entschädigungspflicht dagegen trotz Jugend und Geisteskrankheit bestehen bleibt?

I. Der Grund, weswegen Jugend und Geisteskrankheit einen Einfluß auf die Strafbarkeit äußern, ist in den Quellen sehr bestimmt ausgedrückt. Das Kind und der Geisteskranke haben nicht das Verständniß, nicht das Unterscheidungsvermögen, um zu wissen, was sie thun, es fehlt ihnen das erforderliche Rechtsbewußtsein, ohne dessen Vorhandensein Strafbarkeit nicht begründet werden kann. — Die Quellen selbst mögen zeigen, ob die eben ausgesprochene Behauptung begründet ist oder nicht.

Richtsteig cap. 43 §. 4 .... na dem dat it kint noch als junk is, dat it sic van dorheit nicht vorstan kan arges unde gudes, odder na dem dat god N geplaget heft an sime hovede unde heft eme benomen sine redeleke vornuft, also dat he sic boses noch gutes nicht vorstan kan ....

---

17) Ssp. II. 65 III. 3. Verm. Ssp. IV. 14. 5. IV. 15. 1. Gosl. Stat. S. 42. Z. 8. Z. 12. Kulmisches Recht V. 36.

Also die Kinder und die Geisteskranken können Böses und Gutes nicht unterscheiden, deshalb trifft sie keine kriminelle Strafe. Es ist derselbe Grund, mit denselben Worten für Geisteskranke und für Kinder hingestellt, auf welchem der Fortfall der Strafe beruht. — Wir würden nicht zu weit gehen, wenn wir selbst über Geisteskranke und Kinder hinaus für alle Personen, welchen die Fähigkeit abgeht, Recht und Unrecht von einander unterscheiden zu können, den Fortfall jeder Strafbarkeit behaupteten. Denn diese Unfähigkeit ist der eigentliche Grund der Straflosigkeit; Jugend und Geisteskrankheit sind nur die Formen, in denen der Begriff zur äußeren Erscheinung gelangt. Ich möchte zur Unterstützung des eben Angeführten eine Stelle aus dem Lüneburger Stadtrecht (bei Kraut S. 51 al. 5) anführen:

Were dat en man hedde en kind dat stum were, effte nicht wys, effte vnmundich, vnd dede dat kind enen broke...

Es ist möglich, daß das stumme oder unweise Kind auch zugleich ein unmündiges Kind ist, aber nothwendig ist dies den Worten der Stelle gegenüber durchaus nicht; vielmehr sind hier drei gleich wirksame Gründe für den Fortfall der Strafbarkeit angeführt, das stumm sein, das nicht weise sein und das unmündig sein. Wir gewinnen durch diese Stelle einen neuen Ausschließungsgrund der Zurechnungsfähigkeit, nämlich den Umstand, daß ein Mensch stumm ist. Daß dieser Grund nur einmal in den Quellen nachgewiesen werden kann, erklärt sich wohl aus der seltenen Erscheinung desselben; erwähnen ja doch auch unter den neueren Strafgesetzbüchern nicht alle die Taubstummheit unter den Ausschließungsgründen der Zurechnungsfähigkeit [18]). — Man darf auch gewiß nicht anstehen, ein hohes Alter unter Umständen als Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit anzusehen, sobald dasselbe

18) Daß zu den Stummen, von denen das Lüneburger Stadtrecht spricht, auch die Taubstummen gehören, versteht sich von selbst.

nämlich die Wirkung äußert, daß Recht und Unrecht nicht mehr von einander unterschieden werden können. Angedeutet, obwohl nicht ausdrücklich ausgesprochen, ist dies in den Quellen wenigstens dadurch, daß ein Mann über 60 Jahren einen Vormund wieder nehmen kann, ohne dadurch seine Buße oder sein Wergeld zu kränken. (Ssp. I. 42 §. 1. Eisennacher Stadtrecht II. 37.)

In einer anderen Darstellungsart wird im Lübischen Rechte gezeigt, daß es das Unterscheidungsvermögen sei, welches die Zurechnung bedinge.

Anmerkung zu Lübischem Recht II. 71. Sunder queme dat alzo, dat dat ene kint dat ander dodede mit stekende houwende efte werpende vnde sint ze beneden twelf iaren zo schal de richter wesen klok vnde vorwaren vnde laten bringhen dat leuendighe kint by dat dode de richter schal nemen enen pennigh an de enen hant vnde enen appel an de anderen hant vnde holden deme leuendighen kinde to, tastet id na deme appelle zo mach me id em legghen to kintheit men tastet id to deme penninghe zo mud id sin rechte stan wo doch de radherren moghen dar gnade by don is dat des doden vrunt vnde des leuendighen dar vmme biddende sint.

Ein Kind, welches durch Stechen, Hauen oder Werfen ein anderes getödtet hat, doch aber so kindisch ist, daß es eine Leckerei einem Geldstücke vorzieht, ein solches Kind hat nicht mit Unterscheidungsvermögen gehandelt. — Wir werden die Feststellung des Unterscheidungsvermögens, wie dieselbe in dieser Stelle angedeutet ist, als ein interessantes Beispiel entgegennehmen, ohne darin eine Regel zu erblicken. Hätte der Richter nichts weiter zu thun, als das schuldige Kind zwischen Geld und Apfel wählen zu lassen, so würde nicht eine besondere Klugheit und Vorsicht des Richters erforderlich sein, die doch zur Feststellung der Zurechnung nach den Worten dieser Stelle für nothwendig erachtet wird. Ein Kind kann schon sehr gut im Stande sein zu wissen, daß Geld mehr zu

bedeuten habe als ein Apfel, ohne daß dasselbe den tödtlichen Erfolg, überhaupt die gefährliche Natur seiner Handlung zu kennen braucht. Mag dieses nun auch, wie es allerdings nicht zu vermuthen ist, dem älteren deutschen Rechte nicht entgangen sein, so viel entnehmen wir aus dieser Stelle mit Sicherheit, daß die Straflosigkeit des Kindes nicht deswegen anerkannt wurde, weil das Kind eben noch nicht 12 Jahr alt war, daß nicht dieser rein äußerliche Umstand die Straflosigkeit herbeiführte, sondern daß man auf das innerliche Moment des Rechtsbewußtseins, des Unterscheidungsvermögens zurückging und von dem Vorhandensein dieses innerlichen Momentes die Strafbarkeit abhängig machte.

Denn in der That wird durch diese Stelle mehr bewiesen als daß der Grund der Straflosigkeit für Kinder in dem mangelnden Unterscheidungsvermögen liege, es wird auch dargethan, daß Kinder, selbst wenn sie noch nicht 12 Jahr alt geworden sind, dennoch gestraft werden können, wenn sie mit Unterscheidungsvermögen gehandelt haben. Es fällt eben in diesem Falle der Grund fort, welcher die Straflosigkeit der Kinder bedingt; der beste Beweis dafür, daß die Frage nach der Schuld und Strafbarkeit nicht an irgend welche äußere Umstände, sondern an das Willensmoment geknüpft ist. — Wenn übrigens bei den mit Unterscheidungsvermögen handelnden jungen Verbrechern das Begnadigungsrecht der Rathsherrn erwähnt wird, so hat das nicht blos den Sinn, daß möglicherweise jede Strafe fortfallen kann, sondern auch den weiteren, daß statt der ordentlichen Strafe eine arbiträre erkannt wird, so daß also jugendliches Alter nicht blos als Strafausschließungsgrund, sondern auch als Strafmilderungsgrund unsern Quellen bekannt gewesen ist.

Eine weitere Unterstützung der Behauptung, daß Jugend und Geisteskrankheit nur deswegen Strafausschließungsgründe bildeten, weil das Willensmoment nicht als vorhanden angenommen

wurde, findet sich in sehr deutlicher Weise im Richtsteig cap. 43 §. 5.

Sprikstu aver du willest bewisen, dat it de unsinnige dore dorch dorheit nicht gedan hebbe, unde so dorede nicht en si, dat he sic mit dorheit icht unsculdegen moge, dar vrag jegen, na dem dat en de tüginge dat he nein dore en were ginge an dat lif, wo her der tüginge vullénkomen scole de eme an sin lif ga. So vintme mit dem richter unde mit ses vromen mannen; wen he tuget hir nicht der dat, sunder he tuget dat desse al wis si, dat eme der doren recht nicht helpen moge. Dat geit eme an sin recht unde an sin lif, darumme scalme dat alsus tugen.

In dieser Stelle ist es deutlich genug gesagt, daß es zulässig sei, auch gegenüber einem Thoren den Beweis zu führen, daß er genügendes Unterscheidungsvermögen besitze, damit ihm die That zugerechnet werden könne. Die Zurechnungsfähigkeit wird durch Gerichtszeugniß bewiesen, und sobald dieser Beweis erbracht ist, tritt die volle Strafe ein. Es ist aber die in dieser Stelle getroffene Entscheidung auch darauf zu beziehen, daß einem jungen Verbrecher seine doli capacitas nachgewiesen wird. Dies folgt daraus, daß der Ausdruck „Thorheit", wie schon erwähnt wurde, ebenso von Geisteskranken, wie auch von Kindern gebraucht wird, daß ferner einige Handschriften (vergl. Homeyer S. 280 not. 47) lesen: dat kint eder dore den mort noch van kintheit noch etc., und endlich aus der unmittelbaren Fortsetzung der mitgetheilten Stelle des Richtsteiges. Es heißt nämlich §. 6:

Mach desser wedderrede nicht de cleger hebben, so vrage, na deme dat he van dorheit sin lif nicht vorwerken mach, wat he denne vorbort hebbe. So vintme sin wergelt, des de dar dot si. So vrag we dat scole untrichten. So vintme de vormunder van des kindes gude, odder van des doren wegene van des vormunders gude.

Diese Worte zeigen nun wohl, daß, wenn auch ausdrücklich im Vorhergehenden nur von den Geisteskranken gesprochen sein mag, damit zugleich auch über die Kinder gehandelt worden ist. Es wäre sonst unerklärlich, wie auf einmal in den Schlußworten des §. 6 die Kinder erwähnt werden sollten. Das Wergeld des Getödteten ist für das Kind und den Geisteskranken (mit einem Worte ausgedrückt für den Thoren) nur dann zu zahlen, wenn der Kläger die im §. 5 beschriebene Widerrede nicht geltend machen kann. Geschieht dieses aber, so ist weder Jugend noch Geisteskrankheit ein Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit [19]).

Es kann hier für das spätere Recht nicht unbeachtet bleiben, daß wenn CCC. art. 164 die Todesstrafe für junge Diebe ausschließt, wenn sie art. 179 Von übelthättern handelt, die jugent oder andrer sachen halb, jre sinn nit haben, und für diese bald Straflosigkeit, bald arbiträre Strafe bestimmt, sie damit durchaus an schon früher vorhandene Rechtsgewohnheiten anknüpft und nur hinsichtlich der Feststellung der vorhandenen oder nicht vorhandenen Zurechnungsfähigkeit, neue Bestimmungen trifft. — Auch ist die Entschädigungspflicht bei vorhandener Unzurechnungsfähigkeit nicht mehr anerkannt. — Wenn aber CCC. art. 164 sagt:

Wo aber der dieb nahent bei viertzehen jaren alt wer, vnd der diebstal gross oder obbestimpt beschwerlich vmbstende, so geuerlich dabei gefunden würden, also dass die bossheyt das alter erfüllen möcht . . . . folgt arbiträre Strafe an gut leib oder leben, —

19) Es kann noch erwähnt werden, daß auch bei dem Zeugniß auf die Unfähigkeit der Kinder, gehörige und genaue Wahrnehmungen machen zu können, ausdrücklich hingewiesen ist. Gosl. Stat. S. 93. Z. 33 sagt ausdrücklich: Neman mach tüghen de sake dar he over ghewesen heft er he to sinen iaren komen were; it ne were dat men ene dar to gheladet hedde seder der tid dat he to sinen iaren komen were, dat men de tüghe an der selven sake merede unde vornyede alse recht is: wat he dar seghe unde horde, dat möchte he tüghen.

so ist mit Bezug auf das Vorhergehende die Behauptung gewiß nicht gewagt, daß wenn auch immerhin die Worte: nahent bei viertzehen jaren und also dass die bossheyt das alter erfüllen möcht . . . einen Anklang an Bestimmungen des Römischen Rechts enthalten[20]), dennoch das Wesen der Sache schon vor der CCC. den rein deutschen Quellen bekannt gewesen ist, so daß in dieser Beziehung durch die CCC. nichts wesentlich Neues bestimmt worden ist.

II. Wie kommt es, daß Jugend und Geisteskrankheit nur den Fortfall der Strafe und Buße bewirken, die Entschädigungspflicht dagegen bestehen lassen?

Zur Beantwortung dieser zweiten Frage ist es nothwendig, auf das in dem vorigen Kapitel Ausgeführte zurückzuverweisen. Es wurde dort gezeigt, daß das ältere deutsche Recht unabsichtliche Rechtsverletzungen kenne, welche dennoch als schuldvolle Handlungen den Thäter zum Schadensersatze, resp. zur Zahlung des Wergeldes und des damit in Verbindung stehenden Gewddes verpflichteten. Nun ist zu behaupten, daß die von jungen und geisteskranken Personen begangenen Rechtsverletzungen unter diese eben erwähnte Kategorie gehören. Jugend und Geisteskrankheit schließen zwar die Absichtlichkeit bei einer Handlung aus, verhindern aber nicht, die Handlung als eine schuldvolle aufzufassen, welche die Verpflichtung zum Schadensersatze begründet. Damit wäre denn scheinbar die bisherige Auseinandersetzung widerrufen. Denn wenn behauptet wurde, es sei der Mangel an Unterscheidungsvermögen gewesen, welcher Straflosigkeit für junge und geisteskranke Verbrecher bewirkte, so ist damit auch zugleich behauptet, daß diejenige geistige Entwickelung gefehlt haben müsse, welche zur Begründung der culpa, wie diese im vorhergehenden Kapitel dargestellt worden, erforderlich ist. Es wäre ein arger Widerspruch einerseits

20) Vergl. Heffter Lehrbuch §. 50 not. 2.

die Unmöglichkeit des dolus, andrerseits die Zulässigkeit der culpa behaupten zu wollen. Dennoch ist culpa, allerdings nicht die heutige, sondern die des älteren Rechts, der rechtliche Grund für die Verpflichtung zur Entschädigung und zur Wergeldszahlung, aber die culpa ist nicht in der Person des Unmündigen oder des Geisteskranken zu suchen, sondern in der Person des Vormundes.

Betrachten wir die Quellen, in denen von der Entschädigungspflicht gehandelt wird, so unterscheiden sich dieselben dadurch von einander, daß bald bestimmt wird, der Vormund solle die Entschädigung zahlen, bald der Vormund solle sie aus des Mündels Gut zahlen. Zu den ersteren gehören Lüneburger Stadrecht (bei Kraut S. 51 al. 5. Ssp. III. 3. Gosl. Stat. S. 42. Z. 8—11; zu den letzteren dagegen Gosl. Stat. S. 42. Z. 12. Verm. Ssp. IV. 14. 5. IV. 15. 1. Aus dieser verschiedenartigen Fassung der Quellen ist aber meines Erachtens nichts zu entnehmen. Denn wenn auch einzelne Quellenstellen nicht ausdrücklich sagen, daß das vom Vormunde zu Zahlende aus dem Vermögen des Mündels genommen werden dürfe, so erklärt sich dies ganz gut aus dem Umstande, daß diese Berechtigung des Vormundes als eine sich von selbst verstehende, nicht erst besonders hervorgehoben zu werden brauchte. Und so kann es auch erklärt werden, daß im Ssp. II. 65 §. 1 die Worte, durch welche die Berechtigung des Vormundes, aus des Kindes Gut zu zahlen, anerkannt wird, einem späteren Zusatze angehören. Es enthalten diese Worte einen Kommentar, eine Erläuterung des Vorhergehenden, ohne daß irgendwie anzunehmen ist, es sei in denselben eine neue, dem früheren Rechte unbekannte Bestimmung getroffen. So dürfte auch auf die Unterscheidung, welche in der bereits oben mitgetheilten Stelle des Richtsteigs cap. 43 §. 6 gemacht wird, daß nämlich für den Thoren der Vormund, für das Kind der Vormund aus des Kindes Gut zu zahlen habe, nicht so viel Gewicht zu

legen sein, wie denn dies auch durch den folgenden §. 7 des Richtsteigs cap. 43 dargethan wird:

Als me den vormunder tu gevende but dat wergelt, sprekt he denne: her richter, de dore heft des gudes nicht, dar he ennich wergeld af bereiden mach, unde ic en wart sin vormunder ni, wen sines gudes was tu cleine, dat ic it nicht vorstan en wolde. So vrag, we tu rechte kindere unde unsinniger lude vormunde scole sin. So vintme ir oldeste evenbordiche swertmach.

Obwohl vorher nur von Geisteskranken gesprochen wird, auch die Einrede des zur Zahlung aufgeforderten Vormundes sich nur auf Geisteskranke bezieht, so wird die darauf folgende Frage doch gleich wieder auf Geisteskranke und auf Kinder bezogen. Außerdem wäre es gar nicht denkbar, daß, wenn bei Geisteskranken allemale der Vormund aus seinem eigenen Vermögen den Schaden decken müßte, er die Einrede überhaupt hätte benutzen können, der Wahnsinnige habe nicht so viel Vermögen, als das Wergeld betrage. Da nun aber diese Einrede zulässig ist und das darauf folgende Urtheil nur die Entscheidung darüber trifft, wie es zu halten sei, wenn der Wahnsinnige kein Vermögen habe, so müssen wir daraus schließen, daß ebenso wie bei Kindern so auch bei Wahnsinnigen der Schadensersatz aus dem Vermögen der bevormundeten Personen durch den Vormund entnommen und von diesem an den Beschädigten abgeführt wurde.

Wir gewinnen also als durchgehende Regel für unsere Quellen folgende: Wenn die bevormundete Person Schaden thut, so ist, falls dieselbe überhaupt Vermögen hat, die Entschädigung aus diesem ihrem Vermögen zu entnehmen.

Für den Fall aber, daß die bevormundete Person kein Vermögen hat, finden wir die Entscheidung in der weiteren Forsetzung des eben angeführten §. 7 des Richtsteiges:

So vrag, na deme dat he van rechtes wegene scole ir

vormunde sin unde nicht dorch ires gudes wille, unde des nicht gedan hebbe alse he selven dar secht hebbe, so dat he dat kint nicht en dvunge ódder den unsinnegen nicht bewarede, oft he icht scole van dem sinen den scaden gelden, oft hes van dem eren nicht gelden ne mach, de von siner warlose tu komen si, odder wat dar rechtes umme si. So vintme he scalne gelden (einige Handschriften haben hier sogar noch den Zusatz: van zines zelves gude).

Der Verklagte hat also nicht die Pflichten erfüllt, die ihm oblagen, er hätte als nächster ebenbürtiger Schwertmage die Vormundschaft übernehmen und als Vormund dafür Sorge tragen müssen, daß das Kind oder der Geisteskranke keinen Schaden thäten. Weil er diesen seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, hat er sich warlose zu Schulden kommen lassen und muß deswegen aus seinem Vermögen den Schaden ersetzen. Direkt spricht diese Stelle allerdings nur davon, daß jemand, der zur Uebernahme der Vormundschaft verpflichtet gewesen wäre, dieselbe gar nicht übernommen hatte. Aber für das Resultat bleibt es ganz gleich, ob jemand überhaupt die Vormundschaft gar nicht übernimmt, oder ob er sie zwar übernimmt, sich aber um den Mündel so wenig kümmert, daß derselbe Rechtsverletzungen begehen kann. Dieselben Unterlassungen, welche die warlose da begründen, wo die Vormundschaft gar nicht übernommen ist, werden auch warlose begründen, wenn der Vormund trotz der übernommenen Vormundschaft sich nicht um den Mündel kümmert. Wenn der Umstand, daß jemand dem Namen nach Vormund ist, einen Einfluß auf die rechtliche Beurtheilung der mangelhaften Sorgfalt haben könnte, so wäre es höchstens der, daß man milder sein müßte bei demjenigen, der auch nicht einmal dem Namen nach Vormund wurde. — Für die ungenügende Aufsicht des Vormundes führt die mitgetheilte Stelle einzelne Beispiele an, aber eben auch nur Beispiele, so daß man also nicht wird sagen dürfen, daß wenn eine andere als die im

Richtsteig genannten Unterlassungen dem Mündel zu einer Rechtsverletzung Gelegenheit gab, mit Bezug auf diese dem Vormunde Fahrlässigkeit nicht zuzuschreiben sei. Denn daß derselbe seinen Verpflichtungen nicht in genügender Weise nachgekommen ist, zeigt ja eben der eingetretene schädliche Erfolg. Und selbst wenn man bei den Worten des Richtsteigs stehen bleiben wollte, so sind dieselben so allgemein gehalten, daß sich wohl kaum eine Rechtsverletzung des Unmündigen wird denken lassen, welche den Vormund von der Beschuldigung befreien könnte, er habe seinen Mündel nicht „gezwungen", d. h. nicht in gehöriger Gewalt gehalten, oder er habe ihn nicht „bewahrt".

Also: Wenn der Bevormundete Schaden thut, so ist der Vormund dafür in Anspruch zu nehmen, weil er seinen Mündel nicht in genügender Weise bewahrt, bewacht hat. — Deswegen muß der Vormund aus seinem Vermögen den durch den Mündel bewirkten Schaden ersetzen.

Könnten wir hierbei stehen bleiben, so wäre die Sache ohne Weiteres verständlich, nun müssen wir aber mit Bezug auf diese und andere Quellenaussprüche sagen:

Deshalb muß der Vormund den Schaden aus seinem Vermögen ersetzen, wenn der Mündel nichts hat. Besitzt dieser aber eigenes Vermögen, so zahlt der Vormund aus des Mündels Vermögen.

Die Erklärung dieser auffallenden Bestimmung hat Kraut[21]) angebahnt. Derselbe geht davon aus, daß der Herr die Verpflichtung habe, für den Schaden, den ein Unfreier oder ein Thier veranlaßt hat, aufzukommen. Er unterscheidet dabei drei verschiedene Systeme, von denen eines als System des Sächsischen Rechtes in folgender Weise charakterisirt wird. „Nach diesem" (dem Systeme des

21) Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. 1. Band. S. 351.

Sächsischen Rechts) „braucht nämlich der Herr für den von seinem Unfreien oder Thiere angerichteten Schaden außer in dem Falle, wo er ihn selbst veranlaßt oder darum gewußt hat, nur dann zu haften, wenn er sie, nachdem derselbe geschehen ist, noch in seinen Geweren behält oder in diese wieder zurücknimmt." (L. Sax. 2, 5; 11, 2 und 3, 13. Ssp. II. 40 §. 1.) Den Grund für diese Haftung des Herrn findet Kraut[22]) darin, daß „wenn der Herr seinen Unfreien oder sein Thier, nachdem er die That erfahren hat, noch in seinen Geweren behält, oder, falls sie nach derselben entflohen sein sollten, sie wieder in diese zurück nimmt, dies als eine stillschweigende Genehmigung der That oder doch wenigstens als eine stillschweigende Erklärung, jene wegen derselben vertreten zu wollen, angesehen wird".

„Dieselben Gründe, aus welchen der Herr verpflichtet ist, für seine Unfreien und Thiere zu haften, sind nun offenbar auch bei dem Vormunde im Verhältniß zu seinem Mündel vorhanden, und müssen daher auch für ihn die Verbindlichkeit begründen, für diesen in demselben Umfange einzustehen. Denn da der Vormund nicht rechtlich verpflichtet ist, den Mündel in seinen Geweren zu haben, kann dem Zurücknehmen oder Behalten in denselben nach verübter That, dieselbe Bedeutung beigelegt werden, wie wenn der Herr eines Unfreien oder Thieres im gleichen Falle dies thut, und auch er (nämlich der Vormund) hat über seinen Mündel eine solche Gewalt, daß er im Stande ist, diesen daran zu verhindern, daß er Anderen Schaden zufügt"[23]).

Weiter heißt es an einem andern Orte[24]): „Wenn der Vor-

---

22) a. a. O. S. 357.

23) In der lex Baiuv. VII 4. wird als Grund der Haftverbindlichkeit des Herrn für den Sklaven angeführt: quod servo suo disciplinam minime imposuit, und II. 5. 6: Dominus omnia (scil. quae servus depraedavit) similia restituat, quia servo suo non contestavit, ut talia non faceret. — Kraut a. a. O. S. 357.

24) a. a. O. S. 359.

mund, nachdem er die That erfahren hat, den Mündel wieder zu sich nimmt oder nicht gleich aus seinen Geweren entläßt, und dadurch entweder seine Genehmigung derselben oder doch seine Absicht, den Mündel deshalb vertreten zu wollen, zu erkennen giebt, so versteht es sich von selbst, daß er die ganze Composition bezahlen muß, ohne den Mündel dem Kläger überlassen zu können. Giebt er aber den Mündel auf, so hat der Kläger kein weiteres Recht gegen ihn, und dieser kann denselben, wenn er kein Vermögen hat, aus welchem die Schuld getilgt werden kann, dann ganz so wie jeden andern insolventen Schuldner behandeln."

Als Ausgangspunkt für eine Erklärung des oben angeregten Bedenkens läßt sich meines Erachtens nichts Befriedigenderes als die mitgetheilten Ausführungen Kraut's beibringen. Vielleicht gestatten dieselben noch einen Zusatz, den ich in Folgendem zu geben versuchen möchte.

Nachdem nämlich im Richtsteig cap. 43 §. 7 die Verpflichtung des Vormundes anerkannt ist, für den Mündel zu haften, wenn derselbe kein Vermögen hat, heißt es weiter §. 9:

Vraget men aver, oft dat kint so vele nicht en hebbe, oft it de vormunder icht geven scole van dem sinen, um dat het nicht gedwungen hebbe, dar vrage jene tiegen, oft he ienegen scaden dar umme scole liden, na deme dat it en islik mit ruden wol muchte dwingen. So vintme he ne scole. So vrage wat dar denne rechtes umme si. So vintme, du machst it slan mit ruden, odder du machst it denen laten, wente it di dat overdelede wergelt ave dine. Du must em aver de kost geven unde must it nicht pinegen.

Hier sind also zwei Wege geboten, auf denen der Vormund von seiner Verpflichtung, für den Mündel zu zahlen, befreit werden kann. Auf den ersteren, daß das Kind gezüchtigt werden könne und daß durch die Ausübung des Züchtigungsrechtes der Beschädigte seinen Anspruch auf Schadensersatz oder Wergeld verliere, hat bereits

Kraut[25]) mit Bezugnahme auf Ssp. II. 65 §. 2 aufmerksam gemacht. Der zweite Weg ist der, daß der Vormund den Mündel dem Beschädigten übergiebt, damit er den Betrag des Wergeldes abverdiene.

Halten wir dieses mit dem Vorhergehenden zusammen, so ergiebt sich Folgendes:

Der Vormund ist verpflichtet, und zwar principaliter nicht blos subsidiarisch, für den durch seinen Mündel bewirkten Schaden aufzukommen. Dieser Verpflichtung kann er sich dadurch entziehen, daß er seinen Mündel züchtigen läßt oder denselben dem Beschädigten übergiebt, damit er ihm für den Betrag des Schadens Dienste leiste. Wählt der Vormund dieses letztere und der Mündel hat Vermögen, so wird dieser dem Beschädigten natürlich nicht blos mit seiner Arbeitskraft, sondern auch mit seinem Vermögen übergeben werden müssen. Der Beschädigte wird sich dann natürlich lieber gleich an das Vermögen als an die Dienstleistungen des Mündels halten, so daß also durch die Hingabe des Mündels an den Beschädigten ersterer doch um den Betrag des verursachten Schadens an seinem Vermögen gekürzt werden würde. Deswegen wird dem Vormunde selbst gestattet, so viel als der Beschädigte aus dem Vermögen des Mündels entnehmen würde, selbst aus demselben zu entnehmen und dadurch die Hingabe des Mündels an den Beschädigten abzuwenden.

Durch diese Ausführung scheint mir das Auffällige der Bestimmung, daß der Vormund aus dem Vermögen des reichen Mündels zahlt, dagegen aus seinem eigenen, wenn der Mündel kein Vermögen hat, beseitigt zu sein. Gleichviel nämlich ob der Mündel reich oder arm ist, der Vormund ist principaliter gehalten, den durch den Mündel angerichteten Schaden zu ersetzen. Aber der Vormund kann sich dieser Verpflichtung durch das Recht ent-

25) a. a. O. S. 361. 362.

ziehen, den Mündel, mag derselbe reich oder arm sein, dem Schuldner zu übergeben, damit dieser sich an dem Mündel bis zur Höhe des erlittenen Schadens erhole. Diese Hingabe hat aber für den reichen Mündel andere Folgen als für den armen. Der erstere kann sich von dem Beschädigten durch eine Geldzahlung, die durch seinen Vormund geleistet wird, sofort befreien, der letztere dagegen muß durch sein einziges Vermögen, seine Arbeitskraft, dem Beschädigten gerecht zu werden suchen. — Natürlich wird der Vormund des reichen Mündels sich niemals entschlossen haben, mit seinem eigenen Vermögen für den vom reichen Mündel angerichteten Schaden aufzukommen, sondern er wird immer den Ausweg ergriffen haben, den Mündel dem Beschädigten zu übergeben, besonders da er alle für seinen Mündel aus einer derartigen Uebergabe etwa entstehenden Nachtheile dadurch gleich von vorneherein abschneiden konnte, daß er für den Mündel aus dessen Vermögen den Betrag des Wergeldes oder der Entschädigung zahlte. Deshalb finden wir auch in den Quellen die principale Haftverbindlichkeit des Vormundes dem reichen Mündel gegenüber gar nicht erwähnt. Dagegen konnte ein gewissenhafter Vormund sich wohl moralisch gezwungen fühlen, den Ausweg der Hingabe des Mündels an den Beschädigten nicht zu wählen, sondern lieber mit seinem eigenen Gelde die Freiheit seines Schutzbefohlenen zu wahren.

Wir dürfen nach den vorhergehenden Ausführungen getrost das Resultat festhalten, daß im älteren deutschen Strafrecht Jugend und Geisteskrankheit Aufhebungsgründe der Zurechnungsfähigkeit waren. Es geschah dies deswegen, weil ein genügendes Unterscheidungsvermögen, auf welchem allein die strafbare Schuld beruhen kann, bei den genannten Personen als nicht vorhanden angenommen wurde. Wir gewinnen hieraus einen neuen Beweis dafür, daß dem älteren deutschen Strafrechte das zum Begriffe des Verbrechens erforderliche Moment der Subjek-

tivität durchaus nicht entgangen, sondern von demselben in seiner vollen Berechtigung gewürdigt worden ist.

Es mag an diesem Orte gestattet sein, auf die Ausführung Trummer's einzugehen, der, wie schon am Anfange dieser Arbeit erwähnt, den Beweis dafür beizubringen unternommen hat, daß dem älteren deutschen Strafrechte die Berücksichtigung des Willensmomentes fremd gewesen sei. Indem ich diejenige Stelle der Trummer'schen Arbeit anführe, in welcher seine Beweisführung gewissermaßen kulminirt, glaube ich dadurch zugleich die ganze Art der Beweisführung zu charakterisiren und die Bedeutungslosigkeit derselben für die Geschichte des Strafrechts darzulegen.

Trummer sagt nämlich a. a. O. S. 427 wörtlich Folgendes: „Könnte nach den bisherigen Erörterungen noch ein Zweifel über unsere Auffassung der Lehre von der Zurechnung bei unsern Vorfahren erhoben werden; so würde er vollends verschwinden müssen, wenn man erwägt, welche Behandlung bei uns Legislation und Praxis den Lehren von der Nothwehr, von der Unzurechnungsfähigkeit der Jugend und von gewissen geistigen Zuständen hat widerfahren lassen. Wir werden in solcher Absicht die topische Rechtsgeschichte dieser Lehren, ohne sie irgend hier erschöpfen zu wollen, etwas näher ins Auge fassen müssen."

„Vor allen Dingen muß es da denn wohl sehr auffallend erscheinen, daß in keinem unserer Stadtrechte vor 1605 eine Bestimmung über Nothwehr oder über die Imputation der Kinder und Geisteskranken oder Geistesschwachen vorkommt. Insbesondere ist dies Stillschweigen in den beiden letzten Beziehungen gewiß nicht als bedeutungslos anzusehen, da sich im Sächsischen Landrecht schon derartige Bestimmmungen finden. Bekanntlich soll nach Ssp. II. 65, 1 ein kint binnen sinen iaren niemals sein Leben verwirken können, und es ist ferner daselbst III, 3 ausdrücklich verboten, über rechten toren und sinnelosen man weiter zu richten, als hinsichtlich des von ihnen angestifteten Schadens. Freilich

wenn man diese letzte Bestimmung des Sächsischen Landrechts genauer ins Auge faßt, und alsdann unfehlbar darin eine Rücksicht auf Geistes- und Gemüthskrankheiten oder gar auf vorübergehende derartige oder verwandte Zustände des Gebundenseins von Vernunft und Willen vermissen muß; wenn man ferner erwägt, daß Kinder nach dem Sächsischen Landrecht keineswegs als straflos betrachtet worden sind: so erkennt man, wie wenig auch nach den allgemeinen Volksbegriffen, die der Anhaltische Ritter auffaßte, die subjektiven Verhältnisse des Thäters in Anschlag kamen."

Hierauf ist nun zu erwidern: Es ist unrichtig, daß nach Sächsischem Landrecht die Kinder bestraft wurden. Man wird in Ssp. III. 3 und in manchen andern Quellenaussprüchen eine Rücksichtnahme auf Geisteskranke nicht nur nicht vermissen, sondern sehr deutlich und bestimmt ausgedrückt finden. Feinere Unterscheidungen der Geisteskrankheiten, wie temporären Wahnsinn und dergl. wird man allerdings vermissen, weil eine irgendwie wissenschaftlich ausgebildete Psychiatrie in der damaligen Zeit nicht existirte. Soweit man aber die Geisteskrankheit erkannte, nahm man auf dieselbe Rücksicht. Dieses, sowie die Straflosigkeit der Kinder, ist so allgemein befolgt, daß aus dem zufälligen Stillschweigen des Hamburger Rechts über diesen Gegenstand zum mindesten gar nichts zu Gunsten der Trummer'schen Ansicht folgt; wenn aber aus diesem Stillschweigen des Hamburger Rechts überhaupt etwas gefolgert werden soll, so kann dies nur gegen Trummer geschehen, da das Hamburger Recht, wenn es andere als die gewöhnlichen Rechtsanschauungen hätte vertreten wollen, dieses ausdrücklich auszusprechen Veranlassung genug hatte.

Wenn weiter Trummer S. 433—454 Beispiele anführt, in welchen Kinder und Geisteskranke nach der Hamburger Praxis wirklich mit kriminellen Strafen gestraft sind, so beweist das wahrlich nichts gegen die Gültigkeit der oben von uns ausgeführten Grundsätze. Das 15. und 16. Jahrhundert war so überreich an Miß-

bräuchen in der Kriminalpraxis, daß wir uns das Vorkommen des Mißbrauchs, Kinder und Geisteskranke zu bestrafen, auch wohl denken können. Darin aber etwas anders zu erkennen als eben einen Mißbrauch wird niemandem beifallen, am wenigsten demjenigen, der Trummers Abhandlung über die Hamburger Mißbräuche mit Tortur, Hexenverfolgungen u. s. w. gelesen hat.

Doch wenden wir uns wieder zu unserer Untersuchung! In Betreff der Straflosigkeit junger Verbrecher ist nämlich noch auf einen Umstand aufmerksam zu machen. Alle diejenigen Stellen nämlich, welche von Kindern unter 12 Jahren sprechen, erwähnen bei Gelegenheit der Entschädigungspflicht immer nur den Vormund, nicht aber den Vater. Nun ist es allerdings richtig, daß der Vater auch zugleich Vormund seines Kindes ist, daß man auch wohl den Ausdruck „väterliche Vormundschaft" benutzt; aber auf der anderen Seite kann doch auch nicht in Abrede gestellt werden, daß, wenn man von der Vertretung eines Unmündigen durch den „Vormund" spricht, damit auch zugleich angedeutet ist, daß eine Vertretung durch den „Vater" aus irgend einem Grunde unmöglich geworden sei. — Es ist zwar zu vermuthen, daß die Quellen für die unter vormundschaftlicher Gewalt stehenden Kinder dieselben Bestimmungen getroffen haben werden, wie für die unter väterlicher Gewalt befindlichen; aber gegen diese Vermuthung dürfte doch aus dem Umstande ein Zweifel erwachsen, daß wir in den Quellen außer der Vertretung des Unmündigen durch den Vormund noch besonders die Vertretung des Haussohnes durch den Vater erwähnt finden Es entsteht somit die Aufgabe dieses Institut selbst zu betrachten und zu untersuchen, ob und in wie weit durch dasselbe dasjenige modificirt werden könne, was über die Straflosigkeit der unter vormundschaftlicher Gewalt stehenden Personen gesagt ist.

Stellen wir zunächst die Grundsätze zusammen, die sich in den

Quellen über die Vertretung des Haussohnes durch den Vater vorfinden.

Ssp. II. 17 §. 2. Die vader mach den sone enes ut nemen, of he um ungerichte beklaget wert, die wile he von ime nicht gesunderet n'is, also dat he svere uppe den hilgen, dat die sone der dat unscüldich si. Wirt aver beide vader unde sone beklaget um ene dat, dere ne mach he ine nicht af genemen, he ne hebbe sik selven aller irst untredet.

1) Der Vater darf nach dieser Bestimmung einmal den Sohn vertreten; es ist aber hiezu zu bemerken, daß das Wort enes eine Interpolation ist. Homeyer führt eine Handschrift an, in welcher dieses Wort ausgestrichen ist, eine andere, in der statt dessen die Worte: „zu dreimolen“ gebraucht sind. Mit dieser letzteren Bestimmung würden die übrigen Quellen des Sächsischen Rechts übereinstimmen: Weichbild art. 53 §. 1. Verm. Ssp. IV. 27. 2. Zusätze zum Breslauer Recht 1261 §. 75, Görlitzer Recht 1304 art. 75. Dagegen würde nur Kulm III, 92 anzuführen sein, indem nach dieser Stelle nur ein zweimaliges Vertreten des Sohnes zulässig ist; — tzu dem dritten mole mus her selbir antworten — während es entsprechend der dreimaligen Vertretung des Vaters im Breslauer Recht 1261 §. 75 heißt: Zu deme vierden male muz her selbe antworten.

Wir dürften hienach wohl als Regel für die Quellen des Sächsischen Rechts die aufstellen, daß der Vater dreimal seinen Sohn vertreten dürfe. —

2) Der Vertretene ist der Haussohn. Es wird nirgends unterschieden zwischen einem Haussohn, welcher über oder unter 12 Jahren alt ist. Weichbild 53 §. 1. Breslauer Recht 1261 §. 75. Görlitzer Recht art. 49. 75. Kulm III. 92. 94 sagen: sinen son uz ziehen der binnen (in) sinen brote is. — Ssp. II. 17 §. 2. Verm. Ssp. IV. 27. 2 deuten dasselbe Verhältniß an durch die Worte: dywile he von ome nicht gesundert

ist. Kulm III, 93 vereinigt gewissermaßen diese beiden Ausdrucksarten durch die Wendung: der noch bynnen syme brote ist vnuorandirt — dieses letzte Wort deutet nämlich darauf hin, daß der Sohn eine selbständige Wirthschaft etwa durch Verheirathung noch nicht begründet hat, wie ja noch bis auf den heutigen Tag die Ausdrücke „sich verändern" und „sich verheirathen" im Munde des Volkes oft genug für einander gebraucht werden.

3) Der Sohn wird durch den Vater vertreten bei Anklagen wegen Verbrechen. Ssp. II. 17. 2 sagt: of he (scilic. der Sohn) um ungerichte beklaget wert. Damit stimmt überein Verm. Ssp. IV. 27. 2. Andere Stellen sagen: umme allerhande untat (Weichbild 53 §. 1; Görlitzer Recht 1304 art. 75) andere: die That, welche geit an den hals adir an dy hant (Breslauer Recht 1261 §. 75; Kulm III. 94).

4) Die Vertretung des Vaters besteht darin, daß er die Unschuld des Sohnes beschwört. Meistentheils schwört der Vater allein (Ssp. II. 17 §. 2. Verm. Ssp. IV. 27. 2. Görlitzer Recht 1304 art. 49. 75. Kulm III. 92. 93) nur Weichbild 53 §. 1 verlangt, daß der Vater selbsieben schwöre.

5) Uebereinstimmend lassen die Quellen die Vertretung des Vaters nur dann zu, wenn er selbst unschuldig ist. Ist daher die Anklage gegen Sohn und Vater gerichtet, so muß der Vater zunächst seine eigene Unschuld darthun, ehe er die des Sohnes beschwören darf[26]).

6) Der Vater hat das Recht, den Sohn zu vertreten, aber nicht die Verpflichtung dazu; der Sohn kann auch seine Sache selbst führen. Breslauer Recht 1261 §. 75. Daz enschadet deme

---

26) Das Beschwören der Unschuld fällt für den Vater alsdann fort, wenn derselbe auf hanthafter That ergriffen ist. Weichbild art. 53 §. 1 .... des mut sik allererst die vader untscüldigen, it ne si denne in ener hanthaften dat die mit eme screy vor gerichte komen si.

vater nicht zu sime rechte ob der sune wol vore geantwordet hat. (Vergl. Kulm III. 92.)

7) Wenn der Vater nicht von der Unschuld des Sohnes überzeugt ist, so darf er denselben gar nicht vertreten. Die Vertretung des schuldigen Sohnes durch den Vater wird geradezu als eine widerrechtliche Handlung angesehen:

Böhme Schöffensprüche S. 102 al. 2 (Wiederholt: Kulm III. 94). Von aussetze (Kulm: vs tzoge) des vaters sines sones. Wil ein fater sinen son awsczihen der an sime brote ist vnd wirt her vellik an dem eide das her nicht volkompt an dem rechten so ist beide vater vnd son behafft in der clage abir der vater mag sich entledigen mit sime wergelde das sint achzen pfund ap die sache an den hals trit. Trit abir die sache an die hand so mag sich der vater ledigen mit eime halben wergelde das sint IX pfund vnd das gelt sal man gebin den clegern vnd dem richter die gewette vnd der clegir mag sin recht vorbas vorderen vff den son von rechtis wegin.

Zu dieser Stelle ist zu bemerken: Die Worte — so ist beide vater vnd son behafft in der clage — können nur bedeuten, daß beide als Unterliegende zu betrachten sind, nicht etwa, daß der Vater auch des dem Sohne zur Last gelegten Verbrechens schuldig befunden wird. Denn diese Annahme würde dadurch sofort widerlegt sein, daß der Vater erst dann zum Beschwören der Unschuld des Sohnes gelangt, nachdem er sich selbst wegen etwaiger Theilnahme an der dem Sohne zur Last gelegten Handlung gereinigt hat. Das Unterliegen in der Klage hat daher für den Vater, als den Vertreter des Sohnes, immer nur die eine hier angeführte Folge, nämlich die, daß der Vater sein eigenes Wergeld entweder ganz oder zur Hälfte zu zahlen hat. Das Wergeld ist hier übrigens nur zu dem Zwecke erwähnt, um die Höhe der Buße zu bezeichnen, die dem Kläger von dem Vater deswegen zu

zahlen ist, weil dieser die ganz gerechtfertigten klägerischen Ansprüche durch sein Dazwischentreten in gewisser Weise verdächtigt hat. Von dem eigentlichen Wergelde kann hier gar nicht die Rede sein, da dieses bekanntlich nur bei Tödtungen oder Lähmungen zu zahlen ist; der intervenirende Vater hat aber weder getödtet noch verwundet, sondern durch seine grundlose Intervention hat er sich eine widerrechtliche Handlung zu schulden kommen lassen, für welche er dem Verletzten, nämlich dem ihm gegenüberstehenden Kläger zu büßen hat. — Dem schuldigen Sohne also hilft die Vertretung des Vaters gar nichts. Letzterer wird entweder den Reinigungseid für den Sohn nicht erst versuchen, oder wenn dieses geschieht, so wird bei eintretender Beweisfälligkeit des Vaters der Sohn in keiner Weise von der Anklage frei — der clegir mag sin recht vorbas vorderen vff den son von rechtis wegin — und der Vater hat abgesehen von dem für seine Person dem Richter zu zahlenden Gewedde auch noch 18 resp. 9 Pfund zu büßen.

Betrachten wir nun dieses in seinen Einzelnheiten so eben dargelegte Institut, so leuchtet ohne Weiteres ein, daß dasselbe eine Bedeutung für die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit gar nicht haben kann. Es wird allerdings von dem Vertreten des Sohnes durch den Vater gesprochen; aber die Vertretung findet nur statt, wenn der Sohn unschuldig ist, während für einen unzurechnungsfähigen Sohn der Vater auch dann eintreten müßte, wenn der Sohn eine Rechtsverletzung begangen hätte; die Vertretung des Vaters hängt von dessen Willkühr ab, setzt also einen Sohn voraus, der sich auch selbst vertreten kann, wie dieses denn auch in den Quellen ausdrücklich gesagt ist. Wenn sich aber ein Angeklagter selbst vertreten darf, so kann er nicht mehr binnen seinen Jahren sein. Die Quellen erklären ausdrücklich, daß der Kläger von dem schuldigen Sohn sein Recht fordern dürfe. Also der Sohn selbst ist verantwortlich, nicht der Vater. Wird dieser überhaupt verantwortlich gemacht, so kommt er nicht für den vom Sohn verursach-

ten Schaden auf, sondern er zahlt für seine widerrechtliche Intervention eine Buße, welche von dem durch den Sohn etwa bewirkten Schaden ganz unabhängig ist. Handelte es sich endlich in den erwähnten Quellenzeugnissen um die Vertretung eines Unmündigen, so könnte gar nicht die Zahl der möglichen Vertretungen beschränkt sein, vielmehr müßte der Vater so oft und so lange sein Sohn unmündig ist, für denselben eintreten. — Es wäre auch in der That eine eigenthümliche Anomalie, wenn ein Mensch nach vollendetem 12. Jahre nur dann zurechnungsfähig sein sollte, wenn er nicht mehr unter väterlicher Gewalt steht, dagegen unzurechnungsfähig bliebe, so lange die väterliche Gewalt dauerte. Denn der Grund für die Unzurechnungsfähigkeit junger Verbrecher, das mangelnde Unterscheidungsvermögen hat mit dem zufälligen Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der väterlichen Gewalt nichts zu thun.

Wir haben es hier nur mit einem Ausfluß der väterlichen Gewalt zu thun. — Warum diese sich gerade so und mit den angeführten Beschränkungen äußerte, das zu erklären oder auf tiefere juristische Prinzipien zurückzuführen, dafür bieten die Quellen keinen sicheren Anhalt. Daß aber die obigen Bestimmungen lediglich auf die väterliche, hausherrliche Gewalt zurückzuführen sind, dieses kann durch einzelne Quellenzeugnisse noch weiter unterstützt werden.

So sagt Ssp. II. 72 §. 2. Scüldeget man dat hus umme den rof, dat he dar af unde dar up geschin si dat mut wol untscüldegen des huses herre oder en sin borgere uppe'n hilgen. Svie so selve to dem ungerichte beklaget wert, die ne mach dat hus nicht untscüldegen, he ne hebbe sik selven aller erst untsculdeget.

Es ist somit dasselbe Verhältniß zwischen dem Hausherrn und seinem Hause anerkannt, wie zwischen dem Hausvater und dem

Haussohne. — Weiter bestätigt dasselbe: Ssp. II. 19 §. 2. (vergl. Verm. Ssp. IV. 27. 4.)

Die herre mut wol ut nemen enes (andere Handschriften enen) sinen egenen man, svenne he verdelt is, of he dat gewern darn uppe den hilgen, dat he sin inboren egen si, unde dat he der dat untscüldich si, dar he mede beklaget is.

Also wiederum dieselbe Bestimmung übertragen auf das Verhältniß zwischen dem Herrn und seinem eigenen Mann. In dieser eben mitgetheilten Stelle müssen die Worte — svenne he verdelt is — auffallen, da trotz der Verurtheilung des eigenen Mannes dennoch der Herr die Unschuld desselben beschwören darf. Die Erklärung für diese Worte ist am Schlusse des Richtsteiges cap. 32 §. 12 wenigstens angedeutet. Hier heißt es:

Is it oc enes heren eigen, wil hene weren, so vrage he, oft he wol vordelet is, na deme dat he sin ingeboren eigen si unde der dat unsculdich si, oft he ene mit sime ede icht untsculdegen moge. Dat vintme.

Diese Worte deuten darauf hin, daß die Verurtheilung des eingebornen Eignen, ohne dem Herrn desselben die Gelegenheit gegeben zu haben, denselben loszuschwören, an sich eine unrechtmäßige gewesen sei. Und deshalb darf auch gegen diese unrechtmäßige Verurtheilung der Herr mit solchen Ansprüchen auftreten, als ob eine Verurtheilung noch gar nicht stattgefunden hätte.

Endlich bestimmt auch Görlitzer Recht 1304 art. 133 (vergl. Weichbild art. 92). Daz ein vrowe ire kint nicht vz gecien mag. Hat ein vrowe kint vnde tvn sie schaden oder ein vngerichte. sie en mac ir nicht vz gecien. sie muzen selbe antworten. sint sie zu iren jaren comen. sint sie abir binnen iren jaren. so antwortet ir vormunde vor sie.

Dasjenige Recht also, welches dem Vater in Betreff des Sohnes zustand, steht der Mutter nicht zu; nicht also die Nähe der Verwandtschaft, nicht die Unfähigkeit für sich selbst antworten zu

können, rechtfertigt die Intervention des Vaters für den Haussohn, sondern der juristische Grund für diese Vertretung liegt lediglich in der väterlichen Gewalt[27]).

Somit läßt also die Vertretung des Sohnes[28]) durch den Vater die Grundsätze über die Zurechnungsfähigkeit vollständig unberührt. Es muß angenommen werden, daß dieselben Grundsätze, welche für das unter vormundschaftlicher Gewalt stehende Kind gelten, auch für das unter väterlicher Gewalt stehende zur Anwendung gekommen sind. Auch hinsichtlich des zu leistenden Schadensersatzes müssen wir die analogen Grundsätze zur Anwendung bringen. — Jedes in väterlicher Gewalt befindliche Kind muß, soweit dasselbe selbständiges Vermögen nicht hat, einem unvermögenden Mündel gleichgestellt werden. Daraus würde denn für den Vater entweder das Recht folgen den Sohn dem Verletzten zu übergeben, damit er dort arbeite oder gezüchtigt werde, oder die Verpflichtung, statt dieser Uebergabe für den Sohn die Entschädigungssumme zu zahlen. Bei dem zwischen Vater und Sohn bestehenden Familienbande läßt sich annehmen, daß es zu dem ersteren Auswege nicht werde gekommen sein, daß vielmehr der Vater

27) Vergl. Planck: Das Recht zur Beweisführung in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 10. S. 208. 209.

28) Auch die früheren Rechtsquellen kennen ein derartiges Vertretungsrecht des Vaters. Darauf deutet eine Stelle bei Gregor Tur. V. cap. 33: Eine Frau war im Verdacht des Ehebruchs — Igitur parentes illius (nämlich des Mannes) accesserunt ad patrem dicentes: »Aut idoneam redde filiam tuam (reinige sie von der gegen sie erhobenen Anschuldigung) aut certe moriatur, ne stuprum hoc generi nostro notam infligat.« »Novi« inquit pater »ego filiam meam bene idoneam, nec est verum verbum hoc. Tamen ne crimen consurgat ulterius, innocentem ego faciam sacramento«. Der Vater schwört darauf den Reinigungseid für die Tochter, wobei sich die Verwandten des Mannes beruhigen. Diese Stelle läßt sich freilich nur durch die Annahme erklären, daß das väterliche mundinm auch durch die Ehe der Tochter nicht als gänzlich aufgehoben betrachtet worden sei. Andere Stellen siehe bei Siegel: Gerichtsverfahren I. S. 151. not. 13—16.

für den Sohn gezahlt und das Züchtigungsrecht gegen denselben selbständig wahrgenommen haben werde[29]).

§. 11.
Irrthum.

Für die Betrachtung der Lehre vom Irrthum sind zunächst solche Stellen auszusondern, in denen der Gegensatz von „Wissen" und „Nichtwissen" gleichbedeutend ist mit dem von „Absichtlichkeit" und „Unabsichtlichkeit". Es gehören hiezu Görlitzer Recht art. 111 und Weichbild art. 19 §. 7. Wenn in diesen Stellen gesagt wird, der Richter läßt einen Gefangenen wissentlich, resp. unwissentlich entkommen, so ist damit eben nichts weiter ausgedrückt, als der Gegensatz zwischen absichtlichem und unabsichtlichem Entweichenlassen eines Gefangenen. So heißt es auch Richtsteig cap. 44 §. 1:

De drudde vormengede clage de borgerlik wert oft se pinlik wert angesat, dat kumptu oftu begripest einen, de unwitliken dinen vrunt schote odder worpe — und entsprechend diesem unwitliken fährt dann der §. 2 fort: — hir stet N. unde bekant . . . dat N. sine liven vründe . . . si desse scade scen leider van sinen sculden unde deger ane sinen willen. — In ähnlicher Weise verhält es sich mit der oben bereits angeführten Stelle des verm. Ssp. II. 2. 12. — Eyn iczlich bruwer der do had bruehuser . . . daz sal man bewarn unde sichern, daz kein schade davon gesche, wen daz ist wissentlich fur; — der Zusammenhang der ganzen Stelle ergiebt nämlich deutlich, daß hier das Wort wissentlich nicht mit Bezug auf das Kennen oder Nichtkennen irgend welcher faktischen oder rechtlichen Verhältnisse gebraucht ist, sondern daß wissentlich

29) Ueber die Haftung der Herrschaft für das Gesinde vergl. Gosl. Stat. S. 46. Z. 32; Verm. Ssp. IV. 36. 3. Für die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit sind diese Stellen indifferent.

ebensoviel bedeutet als „absichtlich". Auch Ssp. III. 84 §. 3 würde anzuführen sein: Dodet ok en man sinen vader oder sinen bruder oder sinen mach oder jemanne des egenes oder lenes he wardende is, al sine wardunge hevet he verloren; he ne du't in notwerunge sines lives, unde die not uppe den doden beredet werde, oder he ne du't unwetene, so dat it geschi ane sinen dank. — Wäre in dieser Stelle das Wort unwetene darauf zu beziehen, daß der Tödtende seine verwandschaftlichen Beziehungen zu dem Getödteten nicht gekannt habe, so würde diese Stelle von einer absichtlichen Tödtung sprechen, für welche in Folge des Irrthums über die verwandschaftlichen Beziehungen die pekuniären Nachtheile der Verwandtentödtung ausgeschlossen bleiben. Wenn wir aber darauf Rücksicht nehmen, daß das unwetene erklärt ist durch die Worte: so dat it geschi ane sinen dank, daß die Tödtung in Folge der Unwissenheit gleichgestellt ist mit der Tödtung in Nothwehr und vergleichen wir endlich diese Stelle des Ssp. mit cap. 44 §. 1 des Richtsteiges, so geht aus alledem hervor, daß „unwissentlich" an dieser Stelle ebensoviel bedeutet als „unabsichtlich", so daß also die Unabsichtlichkeit nicht blos auf die Tödtung des Verwandten, sondern auf die Tödtung überhaupt bezogen werden muß.

Von der Lehre des Irrthums werden weiter diejenigen Fälle auszuscheiden sein, in denen es deswegen zu einer Bestrafung nicht kommt, weil der Thatbestand einzelner Verbrechen das Handeln wieder besseres Wissen voraussetzt. Aus unsern Quellen kann ich das eben Gesagte durch folgende Beispiele erläutern:

1) Eine falsche Anzeige ist nur dann strafbar, wenn sie wider besseres Wissen abgegeben wurde. Straflos ist derjenige, der zwar objektiv etwas Falsches zur Anzeige bringt, aber doch der Ansicht ist, die Wahrheit mitgetheilt zu haben [30]).

30) Vergl. hierüber: Ssp. I. 50 §. 1. 51 §. 5. 69. II. 16 §. 2. III. 1 §. 2. Gosl. Stat. S. 76. Z. 3. S. 80. Z. 11. S. 87. Z. 40. Goldberger

2) Wer, um seiner Rügepflicht zu genügen, etwas Falsches rügt, wird nur dann gestraft, wenn er wußte, daß er etwas Falsches rügt, bleibt dagegen straflos, sobald er nur seinem besten Wissen und Gewissen gemäß seiner Rügepflicht nachkam, selbst wenn das von ihm Gerügte falsch war[31]).

3) Der Urtheilfinder wird nur dann gestraft, wenn er wider besseres Wissen ein falsches Urtheil aussprach. Wurde dagegen das falsche Urtheil in der Ueberzeugung von dessen Rechtmäßigkeit gesprochen, so ist der Urtheilfinder straflos[32]).

Es kann zwar nicht geleugnet werden, daß die Straflosigkeit der eben mitgetheilten Fälle auf eine Art des Irrthums zurückzuführen ist, es ist dies aber nicht derjenige Irrthum, welcher technisch als Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit so bezeichnet wird. Dieser nämlich setzt eine Vergleichung voraus zwischen dem, was nach der subjektiven Meinung des Handelnden und demjenigen, was objektiv wahr ist. Diese Vergleichung ist aber bei den Delikten, zu deren Thatbestand das Handeln wider besseres Wissen gehört, ganz indifferent. Da es für die Beurtheilung der Handlung gleichgültig ist, ob dasjenige, was der Handelnde für Wahrheit hält, auch wirklich Wahrheit ist, so kommt es bei diesen Delikten gar nicht zu derjenigen Vergleichung, welche zu dem technischen Begriff des „Irrthums" gehört. Mag man daher im gewöhnlichen Sprachgebrauche sagen, der Richter hat sich bei diesem Urtheil geirrt; kriminalistisch aufgefaßt, wird man die Straflosigkeit des Richters nicht auf „Irrthum" zurückführen können, vielmehr die Straflosigkeit deswegen für begründet halten, weil zu

---

Recht §. 19. Kulm III. 38ᵃ. Lübisches Recht I. 35. 36. III. 402. Hamburger Recht 1270. XII. 10. 1292. P. 10; 1497. O. 1. Stadtrecht von Cleve §. 13. (Gengler S. 525.)

31) Holting der Mark Oelbrok (Grimm Bd. III. S. 114 a. E.)

32) Ssp. II. 12 §. 9. Lübisches Recht II. 59.

dem Thatbestande des Delikts das Moment des Handelns wider besseres Wissen gefehlt hat.

Nachdem dieses voraufgeschickt ist, sind die einzelnen Irrthumsfälle zu betrachten.

Die erste Frage ist die: Erkennt das ältere deutsche Recht einen Aufhebungsgrund der Strafe an, wenn die Unkenntniß einer rechtlichen Vorschrift behauptet wird.

Bei der vorwiegend gewohnheitsrechtlichen Ausbildung des älteren deutschen Rechts läßt sich von vornherein annehmen, daß Unkenntniß des bestehenden Rechts nur selten vorgekommen sein werde. Und da auch das gesetzliche Recht, soweit dasselbe strafrechtlichen Inhalts ist, wesentlich auf gewohnheitsrechtlichen Satzungen beruht, so darf es uns nicht wundern, wenn wir auch in den gesetzlichen Bestimmungen wenig über etwa vorgeschützte Unkenntniß des Rechts antreffen. Die einzige Stelle, welche hier überhaupt angeführt werden dürfte, findet sich im Billwärder Recht art. 23. Wo neyn man mit wapen vor dat recht schal gahn. Ok en schal nen man mid speten, swerden, armborsten, gentzen, ofte mit ienegerleye wapene vor dat richte gaen, by der bute van IIII β, daerto schal he de wapene, de he by sick heft, vorlesen. Kumpt dar eyn vthlandesch man mit wapenen vor gherichte, wil he dat sweren, dat he des nicht en wuste, so schal he nicht beteren, mer de richter schal eme dat kundighen; deit he id dar embouen, so schal he dat beteren, alsz id hyr vorscreuen is.

Der Inhalt dieser obwohl vereinzelt dastehenden Stelle ist interessant genug. Wir können daraus entnehmen, daß dem älteren deutschen Recht der Gedanke nicht fremd blieb, es möge auch mitunter der Rechtssatz, auf welchen sich eine Anklage stützte, dem Verklagten unbekannt gewesen sein und daß diese Unkenntniß, diese ignorantia juris auch als Entschuldigungsmoment anerkannt wurde. Das Verbot, mit irgend welchen Waffen bei Gericht zu

erscheinen, ist ein solches, mit welchem wir schon durch das bloße Rechtsbewußtsein noch nicht vertraut werden, sondern es ist nöthig die positive Satzung selbst kennen zu lernen. Erst nachdem dieses geschehen ist, kann das Zuwiderhandeln gegen das Verbot den Charakter der Rechtswidrigkeit annehmen, da erst bei der Kenntniß des Verbots in dem Uebertreten desselben ein Zuwiderhandeln gegen das Rechtsbewußtsein enthalten ist. — Der Gerichtseingesessene weiß, welche Vorschriften für sein Gericht getroffen sind; anders verhält sich dieses mit dem Fremden. Dieser kann möglicherweise das Verbot kennen, aber es ist dies nicht nothwendig. Daher läßt man ihn darüber zum Eide zu, daß er das Verbot nicht gekannt habe und der geleistete Eid macht ihn straflos. Die Straflosigkeit ist nicht darin zu suchen, daß der Angeklagte ein Fremder ist, sondern darin, daß der Fremde das Verbot, dem er zuwiderhandelte nicht gekannt hat. Dies ersehen wir daraus, daß der Fremde ebenso gestraft wird wie der Einheimische, wenn er nach erhaltener Kenntniß von dem Bestehen des Verbotes gegen dasselbe verstößt. Wollten wir der hier mitgetheilten Quellenstelle eine allgemeinere Bedeutung beilegen, so würde sich folgender Satz ergeben: — Handelte es sich im älteren deutschen Rechte um das Zuwiderhandeln gegen einen Rechtssatz, dessen Existenz in dem allgemeinen Rechtsbewußtsein nicht als begründet erachtet werden konnte, so war der Beweis darüber zulässig, daß man den betreffenden Rechtssatz nicht gekannt, mithin im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht gehandelt habe. Wurde dieser Beweis erbracht, so befreite die erwiesene ignorantia juris von Strafe.

Es mag immerhin bedenklich erscheinen, einen so allgemeinen Satz aus einer einzigen Quellenstelle zu entnehmen. Doch läßt sich andrerseits die Bemerkung nicht unterdrücken, daß derselbe jedenfalls die ratio juris für die aus dem Billwärder Recht mitgetheilte Stelle enthält und daß diese ratio juris eine so einfache, so selbstverständliche ist, daß sie einem gesunden Rechts-

zustande kaum entgangen sein dürfte. Wenn wir nicht mehrere Stellen gleichen Inhaltes aufzuweisen vermögen, so kann der Erklärungsgrund hiefür gar wohl darin gefunden werden, daß man bei Dingen, die sich so ganz von selbst verstanden, nicht erst eine ausdrückliche Aufzeichnung für nothwendig erachten mochte.

Wenden wir uns jetzt zu den Fällen des faktischen Irrthums, so ist zunächst die Bemerkung vorauszuschicken, daß nicht selten die Unkenntniß rechtlicher Verhältnisse die Veranlassung zu einem faktischen Irrthum giebt. Wenn A dem B eine Sache fortnimmt, von der er glaubt, daß sie ihm dem A gehöre, während sie in Wahrheit dem B gehört, der irrt sich zwar in Bezug auf ein rechtliches Verhältniß, aber nicht in Bezug auf einen Rechtssatz, und es ist sein Irrthum nicht als ignorantia juris, sondern als ignorantia facti aufzufassen[33]). Dieser Gesichtspunkt ist bei der Zusammenstellung des nachfolgenden Materials maßgebend gewesen.

Ssp. III. 89. Svie des anderen svert oder kleid oder becken oder scheremezse oder sime gelik[34]) na mer lüde wane von'me stoven dreget oder sac idel oder vul von der molen vürt, oder sadel oder vilt oder thom oder sporen oder ander gut enes anderen mannes nimt vor dat sin sime gelik, oder bedde oder küssen oder slaplakene, dar is mer to samene leget, oder ander gut svat it si vor dat sine nimt, unde dat sine dar let; halt he it denne in dem wane dat it sine si unverholen, unde darn he dar sinen eid to dun, anevangen mach man't wol unde under ime beklagen; düve aver unde roves, of man ine des scüldeget daran, des untscüldeget he sik uppe'n hilgen, of he des getüch hevet dat he it unhelinge gehalden

33) Vergl. Osenbrüggen Abhandlungen aus dem deutschen Strafrechte. Erlangen 1857 S. 23. 24.

34) „Oder sonst ein Ding dem seinen gleich" Homeyer in der Note zu art. 89.

hebbe; so ne mach man ine ok nener hanthaften dat dar an scüldegen.

Uebereinstimmend mit dieser Stelle sind Lübisches Recht cod. III. art. 374. Hamburger Recht 1270 IX. 23. 1292 M. 19. 1497 O. 16. Berliner Stadtbuch S. 112. 2 Abschnitt. Gosl. Stat. S. 100 Z. 28—32.

Es nimmt jemand die Sache eines andern fort, um sie zu behalten. An sich betrachtet würde diese Handlung einen Diebstahl ausmachen. Da aber die Umstände, unter denen das Wegnehmen stattfand, von der Art sind, daß ein Irrthum darüber entstehen konnte, welche der umherliegenden Sachen jedem Einzelnen gehörten, da weiter dieser Irrthum die Veranlassung war, daß man eine fremde Sache statt der eigenen fortnahm, so schließt dieser Irrthum jede kriminelle Ahndung aus — he gift dat weder ane broke — heißt es in der angeführten Parallelstelle des Lübischen Rechts, während der Ssp. ausdrücklich die Begriffe von Diebstahl, Raub, hanthafter That, in diesem Falle ausschließt Auf dem Wege der einfachen Privatklage mag der Eigenthümer die ihm irrthümlich fortgenommene Sache wieder zu erlangen suchen.

Ssp. III. 37 §. 3. Die man ne misse dut nicht, of he sines gebures ve mit sinem indrift unde des morgens utdrift, deste he's nicht ne vorsake unde nene nut dar of ne neme. (Vergl. Eisennacher Rechtsbuch III. 66.)

In dem Eintreiben des fremden Viehes könnte man die Contrektationshandlung eines Diebstahls erblicken. Der animus furandi muß aber in diesem Falle ausgeschlossen bleiben, weil der Handelnde beim Eintreiben des fremden Viehes sein eigenes einzutreiben glaubte. Dieser Irrthum schließt jede Missethat aus.

Ssp. III. 37 §. 4. Sve enes anderen mannes ripe korn sneit, so dat he want dat dat lant sine si oder sines herren deme he dienet, he ne missedut nicht, deste he's nicht af ne vore; man sal ime san sines arbeides lonen.

Der Grund, warum hier von einer Missethat nicht gesprochen werden kann, ist derselbe wie in dem vorhergehenden §. derselben Stelle. Würde nämlich derjenige, der das Korn seines Nachbarn schneidet, wissen, daß er sich auf fremdem Gebiete befindet, so würde man in seiner Handlung den Anfang eines Diebstahls erkennen dürfen. Da dieses aber nicht der Fall ist, vielmehr der Irrthum, in welchem sich der Erntende befindet, ihn dazu veranlaßt, fremdes Land für sein eigenes zu halten, so fällt wegen dieses Irrthumes nicht nur jede strafrechtliche Verantwortlichkeit fort, sondern es erwirbt sogar der Arbeiter für die dem Fremden geleistete Arbeit noch einen Anspruch auf Lohn. Die Worte — deste he's nicht af ne vore — sind jedenfalls nicht so zu verstehen, daß im Falle des Fortfahrens des abgemähten Getraides der Irrthum seine strafausschließende Kraft verliert; sondern diese Worte dienen nur dazu, um anzudeuten, daß derjenige, der fremdes Korn geschnitten, seines Irrthums muthmaßlich früher inne werden werde, als es zum Einfahren der Garben kommt. Der Irrthum ist leichter zu vermuthen bei demjenigen, der das von ihm auf fremdem Acker geschnittene Korn liegen läßt, als bei demjenigen, der es fortfährt. Wäre auch letzteres, was der Natur der Sache nach übrigens nicht so leicht vorkommen kann, irrthümlich geschehen, so würde zweifellos auch in diesem Falle der Irrthum die Ausschließung jeder Strafe bewirken.

Ssp. III. 23. Sve herberget oder spiset w e t e n l i k e enen vervesten man, he mut dar umme gewedden. Ne weit he's aver nicht, he untredet dat gewedde mit siner unscult.

Das Verbot, einen Verfesteten zu begünstigen, ist nur in dem Falle wirksam, wenn der Begünstiger die Eigenschaft des von ihm Beherbergten als eines Verfesteten kannte. War dieses nicht der Fall, so entschuldigte den Angeklagten sein Irrthum von jeder Strafe. — Die hier mitgetheilte Bestimmung findet sich übrigens in sehr vielen anderen Quellenzeugnissen wiederholt: R i c h t s t e i g

cap. 33 §. 6. cap. 41 §. 4. Lüneburger Stadrecht bei Kraut S. 28. Hamburger Stadtrecht 1270 X. 2. und mehrere Bestimmungen der Reichsgesetze, so constitutio pacis 1235 cap. 13 (Pertz S. 317) const. pac. 1281 cap. 14 (Pertz S. 434) const. pacis (curia Moguntiae) 1281 cap. 14 (Pertz S. 438) const. pacis 1287 cap. 36 (Pertz S. 451) Alberti regis const. pacis 1303 cap. 41 (Pertz S. 483). Auf diese Stellen wird noch weiter unten bei der Lehre von der Begünstigung einzugehen sein, hier dienen sie nur als ein Beweis dafür, daß derjenige, der es nicht wußte, daß der von ihm Beherbergte verfestet sei, durch seinen Irrthum von der Strafe der Begünstigung frei wurde.

Der Begünstigung einer Person, welcher der Rechtsschutz bis zu einem bestimmten Grade entzogen war, kann gegenübergestellt werden der Angriff auf eine Person, welche durch das ihr ertheilte Geleit einen besonderen Anspruch auf Unverletzlichkeit erlangt hatte. — Ueber den Geleitsbruch spricht sich beispielsweise das Lübische Recht II. art. 57 in folgender Weise aus:

So wanne de ratmanne gheleidet iemene hir inde stat to comende vnde dat ghekundeghet wert deme genen de eme schult wil gheuen breket he dat gheleide he schal dar vmme wedden tein mark suluers vnde iewelikeme ratmanne tein schillinge vnde deme de gheleidet was sestech schillinge.

Schon die Worte — vnde dat ghekundeghet wert — deuten darauf hin, daß die Strafbarkeit für den Geleitsbruch dann als ausgeschlossen gedacht werden müsse, wenn die Geleitsertheilung überhaupt nicht zur Kenntniß der Bürger gebracht wurde. Daraus ist denn schon von vorne herein zu schließen, daß die Strafe des Geleitsbruches auch dann nicht eingetreten sei, wenn eine einzelne Person aus irgend welchen Gründen die Ertheilung des Geleites nicht erfahren hatte. Diese Annahme wird dann auch ausdrücklich durch ein Urtheil des Lübecker Oberhofes bestätigt[35]):

35) Michelsen Oberhof zu Lübeck N. 204.

De ersame radt to Lubeke hebben in den saken eynes geschuldenen ordels van Grymme vor se geschulden tusschen Jurien Glasenap ancleger an de eyne, vnde Hinrike Nyemanne antwerdesmanne an de anderen siden, eynes geleideshaluen, na clage vnde antwerde insage rede vnde wedderrede, nabesprake vnde rypeme rade vorrecht afseggen laten jn maten nabeschreuen: will Hinrik Nyeman syn recht dar to doen, dat he nicht hebbe geweten dat Jurien geleydet sy gewesen, so hefft Hinrik darane nicht mer dan dre lubesche pundt gebraken.

Beim ersten Anblick mag es zwar erscheinen, als ob dies mitgetheilte Urtheil durchaus nicht das beweise, was es angeblich beweisen soll; denn trotz des Nichtwissens des Verklagten wird derselbe dennoch zu einer Geldstrafe verurtheilt. — Bemerken wir aber, daß drei lübische Pfundt eine geringere Geldstrafe darstellen als zehn Mark Silber und jedem Rathmanne zehn Schilling und dem Geleiteten sechzig Schilling; berücksichtigen wir weiter, daß ein Geleitsbruch nicht wohl für sich allein stattfinden kann, sondern eine persönliche Verletzung des Geleiteten voraussetzt; erwägen wir endlich, was weiter unten noch näher auseinanderzusetzen sein wird, daß bei der Verbrechenskonkurrenz das ältere deutsche Strafrecht das Absorptionsprinzip wenigstens der Regel nach nicht eintreten läßt; — so können wir die hier ausgesprochene Strafe von drei Lübischen Pfunden eben nur als ein Aequivalent für die bei Gelegenheit des Geleitsbruches vorgekommene Verletzung betrachten, während für den Geleitsbruch selbst gar keine Strafe ausgesprochen ist. Es bestimmt also nach dieser Erklärung das Urtheil des Lübischen Oberhofes Straflosigkeit für den Geleitsbruch, weil der Angeklagte über die Thatsache der Geleitsertheilung sich in Unwissenheit befand, es bestraft dagegen mit drei Lübischen Pfunden die an und für sich strafbare Verletzung des Geleiteten — die hier nicht näher bezeichnet ist und in anderen Fällen auch eine andere

Strafe nach sich gezogen haben wird —; keineswegs aber ist die Stelle so aufzufassen, als ob der Irrthum des Handelnden nicht als Strafausschließungs- sondern nur als Strafmilderungsgrund aufzufassen wäre, wozu allerdings die Worte »so heflt H. darane nicht mer dan dre lubesche pundt gebraken« verleiten könnten.

Lübisches Recht III. 375. Off en man to deme ruchtene kumpt. So wor en ruchte schut in der stat dat ghescyet wert vnn komet de naburen dar nicht tho de dar by seten syn dat scholen se beteren mit III mark suluers en jewelik tho der stat kore. We ouer sweren wil dat he des nicht en horde de en darf nicht wedden. (Vergl. Hamburger Recht 1270 IX. 24; 1292 M. 20. 1497 M. 16.)

Also die Strafe für das Nichtfolgen bei erhobenem Gerüfte tritt nur ein, wenn man das Gerüfte gehört hatte. Unkenntniß über diese Thatsache macht von der sonst verwirkten Strafe frei.

Lübisches Recht III. 356. Ofte en man vor rechte boden wert vnde nicht en kompt. So we but den anderen vor rechte vnd en komet he nicht vore he schal wedden IIII sz. dat en sy also dat he des nicht en wiste ofte dar nicht in der stat ghewesen hadde do men ene vore bot vnde en kumpt ok de nicht vore de voghet vnde de rat scolen to syner were gan vnde panden dar vt XII sz. vnde scholen dar en bouen deme manne helpen Spreke ouer en man dat he nicht vore boden en were da schal he vorstan mit syneme rechte. (Vergl. Hamburger Recht 1270 IX. 5. 1292 M. 4. 1497 C. 1.)

Dem Kläger bei einer Privatklage wird sein Recht, es mag nun der Verklagte vor Gericht erscheinen oder nicht, daher das Auspfänden durch Vogt und Rath stattfindet, selbst wenn eine Unkenntniß des Verklagten hinsichtlich der an ihn ergangenen Vorladung stattfinden sollte. Die Strafe von 4 Schillingen für das ungehorsame Ausbleiben tritt dagegen nur unter der Voraussetzung

ein, daß der Verklagte von der an ihn ergangenen Vorladung Kenntniß erhalten hatte. War dieses nicht der Fall, so wird durch die Unkenntniß der Begriff des Ungehorsams ebenso ausgeschlossen wie die damit zusammenhängende Strafe.

Gosl. Stat. S. 39. Z. 34. Wert en gut vorstolen, it si welkerleye dat si, vraghet men dar umme dar men sich des vormodet, it si en kersten oder en iode, vorseket he des, so is he sculdich an der düve of men des boven ine kumt. Wert it ime seder dat he dar umme ghevraget is, dat scal he openbaren deme de ine dar umme vraghede: ne mach he des nicht hebben oder ne wet he nicht we de is, so kündighe he dat deme voghede unde deme rade. — Ne deyt he des nicht so is he aver sculdich an der düve, of men des boven ine kumt, dat he it in sinen weren hebbe. Sprikt he aver it si ime unwitlich, he wille alle sine slot öpenen unde staden to sökende, vint men dat wol, dat ne scadet ime to sinen eren nicht noch to sineme rechte nicht.

Derjenige, der ein gestohlenes Gut verheimlicht, wird selbst des Diebstahls schuldig. Das Verheimlichen setzt aber Kenntniß von dem Vorhandensein des gestohlenen Gutes in den eigenen Geweren voraus. Wo diese Kenntniß fehlt, kann nach dem Inhalte der mitgetheilten Stelle von irgend einer Bestrafung nicht mehr die Rede sein. Die Unkenntniß des faktischen Verhältnisses, eine gestohlene Sache in Gewahrsam zu haben, hebt den Begriff des Verheimlichens auf, von welchem die Strafbarkeit abhängig gemacht ist.

Weiter unten bei Gelegenheit der Hehlerei wird auf dieses Verhältniß noch zurückzukommen sein.

Magdeburger Fragen III. 7. 4. Ein Man wirdt beschuldigt, daß er falsche Pfenning in seinen geweren habe, vnd die gefunden werden, vnd er hies die vertilgen, des wolte man jhn nicht verweisen, es were mit seinem wissen vnd willen geschehen.

Hierauff sprechen wir für Recht, das falsche pfenning inn seiner gewer funden sind, beschuldiget man jhn darumb, das es jhm wissentlich ist gewesen, vorsacht er es, so mag er es vnschuldig werden auff den Heiligen, bekennet er es, so soll er darumb leiden, das eines felschers Recht ist, von Rechts wegen. (Vergl. Kulm III. 52.)

Der Thatbestand der Fälschung soll nach dieser Stelle auch dann vorhanden sein, wenn falsche Pfennige bei irgend Jemandem gefunden werden; doch nur unter der Voraussetzung, daß der Eigenthümer verfälschten Geldes wußte, daß das von ihm besessene Geld gefälscht sei. Irrthum hierüber schließt jede Strafe aus.

Verm. Ssp. V. 4. 15. Keyn moller sal grabe habe in deme understeyne obir dry dage, von der czith also her is gewor wert. Wandelt her dez czu hant nicht noch den dren tagen, so sal man daz bussen vor eyn falsch.

Der Sinn dieser Stelle ist folgender: Durch den Gebrauch entstehen nicht selten in den Mühlsteinen Furchen, Rinnen — grabe — welche, wenn sie in dem unteren Steine entstanden sind, Veranlassung werden, daß ein Theil des zu mahlenden Getraides ungemahlen zwischen den Steinen verbleibt. Um dieses Getraide wird natürlich derjenige, der das Korn zur Mühle führte, verkürzt; der Müller aber, welcher den Fehler in seinem Mühlsteine kennt, zur Beseitigung desselben nichts thut, sondern wohl gar den Fehler absichtlich zu seinem Vortheile bestehen läßt, begeht eine verbrecherische Handlung. Die Stelle verlangt aber ausdrücklich, daß der Müller bevor er wegen seiner fehlerhaften Steine als ein Fälscher verurtheilt wird, überwiesen werden solle, daß er die Mangelhaftigkeit derselben gekannt und dessenungeachtet innerhalb der bestimmten Frist diesen Fehler nicht verbessert habe. Ist dieser Beweis nicht zu führen, so kann auch nicht angenommen werden, der Müller habe den betrüglichen Erfolg gewollt, es ist zwar dem Eigenthümer des Getraides ein Schaden erwachsen, derselbe kann aber

dem Müller des Irrthums wegen, in welchem er sich befand, nicht zugerechnet werden.

Ueberblicken wir nun die im Bisherigen mitgetheilten Quellenstellen, so kann kein Zweifel darüber bestehen, daß Irrthum in faktischen Verhältnissen einen Strafausschließungsgrund im älteren deutschen Strafrechte gebildet habe. Die angeführten Quellen sind jedenfalls so mannigfaltig, daß die Annahme, der eben ausgesprochene Satz sei vielleicht nur auf einzelne der norddeutschen Rechte zu beschränken, sich nicht würde rechtfertigen lassen. Die Delikte aber, bei denen der Irrthum als Strafausschließungsgrund vorkommt, sind ebenfalls so zahlreich und so verschiedenartig, daß es unmöglich sein dürfte, gewisse einzelne Delikte oder bestimmte Kategorieen derselben aufzustellen, denen gegenüber ausschließlich der Irrthum als Strafausschließungsgrund anerkannt worden sei; vielmehr sind wir durch die angeführten Beispiele dazu berechtigt, die strafausschließende Kraft des Irrthums mit Bezug auf jedes Delikt zu behaupten.

Nur eine Beschränkung wird anzuführen sein, welche durch die Natur des Irrthums selbst geboten ist. Der Irrthum nämlich, welcher objektiv zu einer Rechtsverletzung führt, ist bald ein verzeihlicher bald ein unverzeihlicher. In der neueren Doktrin wird gewöhnlich der Satz aufgestellt, nur der verzeihliche Irrthum entschuldige, der unverzeihliche dagegen enthalte, eben weil er selbst und somit auch der aus demselben hervorgehende rechtsverletzende Erfolg hätte vermieden werden können, eine Schuld des Handelnden und begründe das culpose Verbrechen. — Wir müssen nun auch für das ältere deutsche Recht behaupten, daß nur der verzeihliche Irrthum als Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit angesehen worden sei. Zwar ist dieses direkt nirgens in den Quellen ausgesprochen, wie wir denn der Natur der Quellen gemäß einen derartigen Ausspruch auch gar nicht in ihnen vermuthen dürfen; aber wir haben oben gesehen, daß der Begriff der culpa wenn

auch in einer anderen Weise als im modernen Rechte, im älteren Strafrechte vorkommt. Daraus folgt denn von selbst die Beschränkung der strafausschließenden Kraft des Irrthums auf diejenigen Fälle, in denen der Irrthum ein verzeihlicher war.

Auch der Grund, weswegen der verzeihliche Irrthum einen Aufhebungsgrund der Zurechnungsfähigkeit abgiebt, ist unsern Quellen nicht fremd geblieben. Von der Kenntniß gewisser faktischer Verhältnisse ist die Möglichkeit abhängig, daß eine verbrecherische Willensbestimmung entsteht. Wenn nun die Quellen gewöhnlich zunächst von der strafbaren Handlung sprechen, dann auf diejenigen Verhältnisse eingehen, in welchen der Handelnde die Umstände nicht gekannt habe, von deren Kenntniß das Entstehen der rechtsverletzenden Absicht abhängig ist, und für diesen Fall Straflosigkeit eintreten lassen, so kann der Grund hiefür kein anderer sein als der, daß nur unter Voraussetzung der verbrecherischen Absicht Strafbarkeit gedacht werden könne, daß dieselben Umstände, welche das Entstehen der verbrecherischen Absicht hindern, auch die kriminelle Zurechnungsfähigkeit ausschließen.

Die Lehre vom Irrthum bildet so einen sehr wichtigen Beitrag zum Beweise des Satzes, daß das subjektive Moment im älteren deutschen Strafrechte keinesweges unberücksichtigt geblieben ist, sondern überall die ihm gebührende Berücksichtigung erfahren hat.

Mag es schließlich noch gestattet sein ein Wort über den Beweis des Irrthums beizubringen. Die Quellenstellen, welche über den Beweis des Irrthums handeln — Ssp. III. 23. III. 89. Magdeb. Fr. III. 7. 4. Hamburger Recht 1270, X. 2. 1270 IX. 24. (1292 M. 20. 1497 M. 16.) Lübisches Recht II. 59. III. 356. 374. 375. Billwärder Recht art. 23 lassen sämmtlich den Verklagten durch seinen einfachen Eid das Vorhandensein des Irrthums darthun. In diesen Stellen ist nirgends davon die Rede, daß der Verklagte mit Eideshelfern schwören solle,

noch auch davon, daß der Eid des Verklagten durch den Kläger überboten werden könne, so daß dieser zum Beweise darüber zugelassen würde, der Verklagte habe nicht im Irrthume gehandelt. Von dieser durchgängig beobachteten Regel finde ich nur in den Reichsgesetzen eine Ausnahme. Es bestimmt nämlich die schon angeführte constitutio pacis von 1235 im cap. 13: (Pertz S. 317)

Precipimus et firmiter inhibemus, ne quis proscriptos manu teneat vel scienter hospicio recipiat; quod si fecerit, et de hoc legitime convictus fuerit, tanquam proscriptus puniatur, nisi septima manu sinodalium hominum integri status ignoranciam suam primo declaret —

und in ähnlicher Weise bestimmt der Landfrieden von 1281 cap. 14 (Pertz S. 438).

Wir gebeten, daz niman necheinen echter halte wizentlige. Wer dar uber tut, wirt ers bezuget zu rechte, man sol ober en richten, als ober einen echter. Mach aber er sich undreden mit siven sentberen mannen, daz er nicht ene wizte, daz er ein echter was, er sol unsculdich sin.

Dieselbe Bestimmung ist wiederholt in dem Landfrieden von 1287 cap. 36 (Pertz S. 451).

Diese Abweichung der Reichsgesetze hinsichtlich des Beweises des Irrthums war zu erwähnen. Die allgemeine Regel, welche die specifisch norddeutschen Quellen aufstellen, wird dadurch jedenfalls nicht geändert.

§. 12.

Zwang.

Wir dürfen die Lehre von den Ausschließungsgründen der Zurechnungsfähigkeit nicht beendigen, ohne neben dem Irrthume auch des Zwanges Erwähnung zu thun. Ob nun im älteren deutschen Strafrecht der Zwang einen Ausschließungsgrund der Zurechnungsfähigkeit gebildet habe, läßt sich direkt aus den Quellen

nicht nachweisen. Dieselben enthalten kein Beispiel, aus welchem der Einfluß des Zwanges, sei es des physischen oder des psychologischen ersichtlich werden könnte. Einzelne Fälle von Drohungen kommen zwar vor, so Verm. Ssp. IV. 12. 2. Gosl. Stat. S. 46. Z. 21. Goldberger Recht §. 14. (Gaupp S. 222) Billwärder Recht art. 59; allein diese Stellen handeln nicht von den Drohungen in ihrem etwaigen Zusammenhange mit der Zurechnungsfähigkeit, sondern nur davon, daß in den Drohungen die Ankündigung eines Verbrechens enthalten sein könne. Es wird daher auf diese Stellen zweckmäßiger bei der Lehre von dem Versuche einzugehen sein.

Da die Quellen über diesen Ausschließungsgrund der Zurechnungsfähigkeit nichts enthalten, so erscheint es ziemlich überflüssig, die Frage aufzuwerfen, welche Bestimmungen die Quellen getroffen haben würden, wenn sie über eine durch Zwang veranlaßte Handlung gesprochen hätten. Vermuthen läßt sich allerdings, daß eine Abweichung von den bisher ausgeführten Grundsätzen wohl kaum stattgefunden haben dürfte, daß vielmehr auch der Zwang in seiner strafausschließenden Bedeutung zur Geltung gekommen sein mag.

Zweiter Abschnitt.

§. 13.

Die Lehre von dem Versuche der Verbrechen.

Bei der Bedeutung, welche die Lehre von dem Versuche der Verbrechen in der kriminellen Doktrin einnimmt, kann es nicht auffallen, daß bei den vielfältigen Untersuchungen, welche über diese Lehre angestellt worden sind, auch auf die älteren Quellen des

deutschen Rechts eingegangen ist. Und auch abgesehen von den dem Versuche speciell gewidmeten Arbeiten finden sich gelegentlich auch in der sonstigen Literatur Bemerkungen über den Versuch des älteren deutschen Strafrechts. — Die Hülfe jedoch, welche für diese Arbeit durch die bisherige Literatur geleistet wird, verringert sich einigermaßen dadurch, daß gerade die Bestimmungen der von uns behandelten Rechtsquellen nicht selten ganz unberücksichtigt geblieben sind. So beschränkt sich beispielsweise Zachariä[1]) bei der Betrachtung der Quellen des älteren deutschen Rechts auf die Volksrechte und die Capitularien, und bringt über das Zeitalter der Rechtsbücher nichts bei.

In die Lehrbücher[2]) ist — in Form der Noten — meistens nur dasjenige übergegangen, was Wilda[3]) über den Versuch der Verbrechen gesagt hat. — Aber immerhin ist, was die Literatur bereits geleistet, wenigstens relativ bedeutsam genug, um die bisher ausgesprochenen Ansichten hier kurz zusammenzustellen.

Am ausführlichsten hat Luden[4]) die mittelalterlichen Rechtsquellen für die Lehre vom Versuch benutzt. Zu irgend einem befriedigenden Resultate ist er indessen wohl nicht gekommen. Man vermißt in seiner — freilich schon im Jahre 1836 geschriebenen Arbeit durchaus dasjenige allgemeine Verständniß der deutschrechtlichen Quellen, unter dessen Voraussetzung allein darauf gerechnet werden kann, daß man dieselben auch zu einem Specialzwecke in nutzbringender Weise zu verwenden im Stande sein werde. Einzelne Beispiele mögen das eben Ausgesprochene rechtfertigen. Luden stellt die Behauptung für das Zeitalter der Volksrechte auf, es sei zwar der Versuch eines Verbrechens gestraft worden,

1) Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. 1. Theil. (Göttingen 1836) §. 91.

2) Vergl. beispielsweise Heffter Lehrb. §. 72 not. 14.

3) a. a. O. S. 598.

4) Ueber den Versuch des Verbrechens. Göttingen 1836. S. 309—397.

aber immer nur der nächste Versuch (S. 316) „es konnte wohl Niemand den Andern anklagen, daß er einen Versuch gemacht habe, ihn zu tödten, wenn derselbe nicht in Handlungen bestanden hatte, die sich nach menschlicher Berechnung gar nicht anders deuten lassen, als daß sie in der Absicht zu tödten unternommen gewesen seien. Das ist aber immer nur der Fall bei nächsten Versuchen, und in dieser Beschränkung sind alle Versuchshandlungen zu verstehen, welche wir in den altteutschen Gesetzen als strafbar verzeichnet finden."

Luden führt an Lex Salica XLIII cap. 10. Si quis hominem ingenuum in puteum aut in pelagus aut in quodlibet praecipitum, ubi periculum mortis esse possit, impinxerit, et ille qui projectus est, quolibet modo ab eodem periculo vivus evaserit, ille qui eum impinxerit IV den. qui faciunt solidos 100 culp. jud.

Die hier beschriebene Handlung faßt Luden ohne Weiteres als Versuchshandlung auf; er erklärt den Umstand, daß die Versuchsstrafe auf 100 Solidi bestimmt ist, während in andern Fällen nur 62½ Solidi auf die Versuchsstrafe gesetzt sein sollen, dadurch, daß es sich hier um eine qualificirte Tödtung handelt, bei deren Vollendung auch nicht wie sonst nur 200 sondern 600 Solidi zu zahlen gewesen wären. In andern Tödtungsversuchen findet Luden, daß die Strafbarkeit der Versuchshandlung etwa auf ⅓ der Strafe für das vollendete Verbrechen bestimmt worden sei und stellt die eben angeführte Bestimmung der Lex Salica als eine Ausnahme von dieser allgemeinen Regel hin. — S. 317 führt Luden einzelne Arten der Verwundungen an und sagt dann: „Es ist offenbar, daß nicht jede dieser Verletzungen in der Absicht zu tödten zugefügt zu sein brauchte, sondern daß bei den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen auch an diejenigen Verletzungen gedacht war, welche aus Fahrlässigkeit, im Rausche, in Zorn und Leidenschaft ohne bestimmte Absicht begangen werden. Aber es ist eben so offenbar,

daß diese Verletzungen ebenso oft in jener Absicht zugefügt sein konnten, und also Nichts Anderes waren, als Versuche einer Tödtung." — S. 318. „Nur bei dem Verbrechen der Vergiftung ist der Versuch der Vollendung namentlich entgegengesetzt. L. Rip. Tit. LXXXIII. 1) Si quis vir seu qua mulier Ripuaria per venenum seu per aliquod malefieium aliquem perdiderit, werigeldum componat. 2) Si autem mortuus non fuerit, et varietatem seu debilitatem probabilem ex hoc in corpore habuerit, centum solidis culpabilis judicetur, aut cum sex juret. — „Aber auch hieraus ergiebt sich, daß nur der nächste Versuch der Vergiftung gestraft wurde, wenn nämlich das Gift in der That eingegeben und genommen worden war. Es ergiebt sich ferner daraus, daß es nicht gestraft wurde, wenn Jemand in der Absicht zu tödten einem Anderen eine Substanz eingab, die er für giftig hielt, welche aber in Wahrheit unschädlich war. Denn es wurde nur Strafe verhängt, wenn der Vergebene eine wahrscheinliche (!) oder erweisbare Schwäche oder Kränklichkeit davon getragen hatte."

Die angeführten Beispiele genügen um zu zeigen, daß Luden den Volksrechten gegenüber gar nicht die Frage gefunden hat, auf deren Beantwortung es wesentlich ankam. Das nämlich unterliegt gewiß keinem Zweifel, daß verbrecherische Handlungen, welche wir unsern heutigen Rechtsanschauungen gemäß auch als Versuchshandlungen auffassen können, in den Volksrechten als strafbare hingestellt worden sind. Daraus aber folgt doch noch keinesweges, daß auch die Versuchsqualität dieser Handlungen den Volksrechten zum Bewußtsein gekommen ist, daß diese Handlungen nicht allein und ausschließlich als selbständige Verbrechen, sondern auch mit Bezug auf den darüber hinaus beabsichtigten verbrecherischen Erfolg gestraft worden seien. — Es liegt nicht im Plane dieser Arbeit, die eben angedeutete Frage für das Zeitalter der Volksrechte näher zu prüfen; daher nur die eine Bemerkung, daß

der eigene Ausspruch Luden's, nur der nächste Versuch sei strafbar gewesen, sehr stark darauf hindeutet, daß überhaupt nur Handlungen bestraft worden seien, welche auch schon an und für sich betrachtet, den Inhalt eines selbständigen Deliktes bildeten.

Wo möglich noch unsicherer als den Volksrechten gegenüber wird die Luden'sche Darstellung in demjenigen Abschnitte, welcher auf die Rechtsbücher Bezug nimmt. — Die Deduktion wird hier mitunter ganz und gar gehaltlos. Als Beispiel mag nur Folgendes angeführt werden. Luden erwähnt S. 338 den art. 45 §. 11 des dritten Buches des Sachsenspiegels:

Ane weregelt sin unechte lude. Doch sve so ir enen dodet oder wundet oder rovet, oder unechte wif nodeget, unde den vrede an en brict, man sal over in richten na vredes rechte.

Zur Erläuterung dieser Stelle wird nämlich Folgendes beigebracht: „Jemanden nach Friede's Rechte oder nach Friedbrecher's Rechte richten, heißt nach der Erklärung der Glosse so viel, als Jemanden zum Tode richten, wie denn auch die Enthauptung als Strafe aller Friedbrecher angegeben ist. In diesem Artikel ist demnach klar ausgesprochen, daß auch Verwundungen mit der Strafe der Enthauptung belegt werden sollen. Von allen Verwundungen ohne Unterschied kann aber dieses unmöglich gemeint sein, da diese im Allgemeinen nur mit Geldbuße und Abhauung der Hand geahndet wurden. Der Grund aber, aus welchem Handlungen, die objektiv denselben Charakter haben, in einem Falle härter gestraft werden sollen, als in dem andern, kann nur darin liegen, daß in Hinsicht ihres subjektiven Charakters Verschiedenheiten in ihnen enthalten sein müssen, und daß sich das Gesetz dieselben als mit verschiedenem dolus begangen gedacht habe. Und diese Verschiedenheit des dolus kann wohl in Nichts Anderem bestehen, als daß derselbe bei der einen Verletzung auf Nichts Weiteres gerichtet war, als eben auf die vorliegende Verletzung, bei der anderen

auf mehr ging, als auf die Verwundung, nämlich auf eine wirkliche Tödtung."

Daß diese Interpretation zu Resultaten kommt, an denen die angeführte Stelle des Sachsenspiegels überaus unschuldig ist, bedarf wohl für keinen, der nur einigermaßen mit dieser Rechtsquelle Bescheid weiß, einer Erwähnung. Ebensowenig dürfte es erforderlich sein, die Fehler, die in der mitgetheilten Deduktion beinahe in jeder Zeile enthalten sind, aufzudecken; sie liegen zu klar am Tage.

„Aber", so fährt Luden fort, „diese Stelle spricht nur von Verwundungen unächter Leute. Es läßt sich aber wohl mit Sicherheit annehmen, daß Verwundungen nicht unächter Leute nicht gelinder gestraft worden sein werden, und daß mithin eine versuchte Tödtung an diesen begangen ebenfalls nach Friedbrechers Recht gerichtet worden sein werde." — Mit ausdrücklichen Worten freilich sei dieser Satz in den Rechtsbüchern allerdings nicht ausgesprochen, er scheine aber in einer Stelle gesucht werden zu müssen, welche sonst nicht wohl in anderem Sinne erklärt werden könne. Diese Stelle sei Ssp. II. 13 §. 5.

Die den man slat oder vat oder rovet, oder bernet sunder mortbrand, oder wif oder maget nodeget, unde den vrede breket, unde die in overhure begrepen werdet; den sal man dat hovet afslan. —

Mit Bezug auf Ssp. I, 63[5]) . . . So mot he in scüldegen, dat he den vrede an eme gebroken hebbe . . . . to swelker wis he ine gebroken hebbe, to dere wis klage he up ine. So scüldege he ine aver, dat he ine gewunt hebbe, unde de not an ime gedan hebbe, de he wol bewisen möge —
entscheidet sich Luden (S. 343) dafür, daß unter dem Friedens-

5) Die Stelle handelt von den Voraussetzungen des gerichtlichen Zweikampfes.

bruch, welchen Ssp. II. 13. erwähnt, der Fall zu verstehen sei „wann Einer den Anderen gewundet oder Noth an ihm gethan hatte." Da nun Ssp. II. 16. für Verwundungen das Abschlagen der Hand bestimmt, so schließt Luden, es habe der Ssp. Verwundungen gekannt, welche mit einer verstümmelnden Strafe bedroht waren und andere, auf welche die Todesstrafe folgte. Der Grund aber für diese verschiedenartige Beurtheilung der Verwundungen kann (S. 345) „in nichts Anderem gefunden werden, als darin, daß man an die verschiedenen Zwecke dachte, auf welche der dolus des Verwundenden gerichtet gewesen war. War der dolus nur auf die Handlung des Schlagens gerichtet, ohne einen bestimmten Endzweck, so konnte dem Handelnden auch nichts weiter zugerechnet werden, als eben der Erfolg, den er hervorgebracht hatte. Bestand dieser Erfolg in Tödtung, so wurde die Handlung ein Capitalverbrechen; bestand sie dagegen nur in einer Verwundung, so hielt man eine Leibesstrafe für hinreichend, den Frevel zu büßen. Wenn nun unser Rechtsbuch, auch wo kein tödtlicher Erfolg vorlag, unter Umständen Todesstrafe eintreten lassen will, so kann der Grund davon nicht in der objektiven, sondern nur in der subjektiven Seite des Verbrechens liegen; mit andern Worten es kann nur aus Rücksicht darauf geschehen sein, daß der dolus des Schlagenden auf mehr als Verwundung ging, nämlich auf wirkliche Tödtung. Und das würde Nichts Anderes sein, als der Versuch einer Tödtung. Mithin wäre in den Worten des Ssp. II. 13. — unde den vrede breket — zwar nicht der Form und den Worten nach, aber doch der Sache nach der Grundsatz ausgesprochen, daß auch der Versuch der Tödtung gestraft werden solle, und zwar, daß er gestraft werden solle als Friedensbruch und nach Friedensbrechers Recht, d. h. mit Abschlagung des Hauptes."

Mögen diese Beispiele genügen, die Methode der Luden'schen Untersuchung zu charakterisiren. Eine direkte Widerlegung der mitgetheilten Ansichten halte ich für überflüssig; die indirekte

werde ich in der nachfolgenden eigenen Darstellung zu geben versuchen. — Uebergehen konnte ich allerdings die Luden'sche Arbeit nicht. Denn bei dem geringen Umfang der germanistisch-kriminalistischen Literatur nimmt eine Arbeit, welche sich auf nicht weniger als 75 Seiten über den Versuch des älteren deutschen Rechtes äußert, immerhin eine so bemerkenswerthe Stellung ein, daß von einer späteren Untersuchung über denselben Gegenstand wenigstens eine motivirte Uebergehung einer derartigen Arbeit gefordert werden darf. Die Gründe aber, weswegen ich glaube, daß die Luden'sche Arbeit übergangen werden könne, sind in den mitgetheilten Proben enthalten.

Einzelne Andeutungen über die Versuchstheorie des älteren deutschen Rechts finden wir ferner bei Göschen[6]). Dieser sagt mit Bezug auf die Goslaer Statuten: „Zu dem Begriffe des Friedbruchs gehört nicht allein eine bestimmte äußere Thatsache, sondern auch ein damit in Verbindung stehender verbrecherischer Wille. Dieser ist so wichtig, daß schon die durch vorbereitende Handlungen entschieden ausgesprochene Absicht, einen Friedbruch zu begehen, selber Friedbruch ist; denn wer bekennt, daß er des andern gewartet habe, um einen Friedbruch an ihm zu begehen, hat schon dadurch sich eines Friedbruchs schuldig gemacht. Wenn er dagegen nur bekennt, ihm gedroht zu haben, so ist nur von Wette und Buße die Rede." (mit Bezugnahme auf Gosl. Stat. S. 46. Z. 19—25. S. 89. Z. 1—2.)

Danach würde denn im Gegensatze zu Luden, welcher nur den nächsten Versuch mit Strafe bedroht wissen will, die Behauptung ausgesprochen sein, daß nicht nur jeder Versuch, sondern selbst die Vorbereitungshandlungen bestraft wurden.

Ueber den Ssp. äußert sich Göschen in folgender Weise: „Des Versuchs eines Verbrechens wird nicht gedacht, wenn man

6) a. a. O. S. 296. 300.

nicht etwa dahin die Stelle vom Ziehen des Schwertes zu eines Mannes Schaden rechnen will." Den positiven Quellen gegenüber erscheint es wohl als sehr gleichgültig, ob man irgend eine Ansicht haben will oder nicht; es kommt vielmehr nur darauf an, ob man eine Ansicht aus den Quellen gewinnen muß. Hierauf läßt sich indessen Göschen mit keiner Sylbe ein.

Auch Köstlin[7]) äußert sich über den Versuch und die Art der Bestrafung desselben nach den Grundsätzen der Rechtsbücher. Er sagt: „In den Rechtsbüchern des Mittelalters finden sich nur theilweise Spuren von der Auffassung des Versuchs als solchen, wogegen allerdings mancherlei materiell als bloße Versuche erscheinende Handlungen unter der elastischen Rubrik des Friedbrechens überhaupt oder unter besonderen Rubriken, wie z. B. Heimsuchung, Wegelagerung, Schwertzücken rc. resp. unter dem Hinzutreten der processualischen Grundsätze über handhafte That größere oder geringere Strafe nach sich ziehen konnten. Jedenfalls erscheint als der vorherrschende Gedanke der, daß der Versuch als solcher nicht, oder — wenn überhaupt — doch bedeutend geringer, als das vollendete Verbrechen zu strafen sei, was aber in der Regel nur in der Weise hervortritt, daß die Versuchshandlung als eigenthümliches Verbrechen geringerer Gattung gewürdigt ist."

Obwohl sich diese Darstellung durch ihre Unsicherheit nicht besonders empfiehlt, auch geradezu Fehler enthält, denn es muß als durchaus irrig bezeichnet werden, die Heimsuchung in ein und dieselbe Kategorie mit Wegelagerung und Schwerdtzücken zu bringen, so enthält dieselbe doch einen sehr beachtenswerthen Gedanken, nämlich den, daß Handlungen, welche materiell betrachtet, sich nur als Versuchshandlungen auffassen lassen, formell als vollendete Verbrechen behandelt worden sind.

7) System des deutschen Strafrechts (Tübingen 1855) S. 217.

Hälschner[8]) spricht sich in folgender Weise aus: „Des Versuches und seiner strafrechtlichen Behandlung gedenkt der Sachsenspiegel nur in einer Stelle (I. 62 §. 2) indem das „auf eines Anderen Schaden gezückte Schwert" dem Richter verfallen erklärt wird. Wenn der Schwabenspiegel (Laßb.) art. 98 diesen Grundsatz wiederholt und außerdem (art. 326) zugleich den Versuch der Vollendung in der Strafbarkeit gleich stellt, so möchte sich hieraus Folgendes ergeben. Die Versuchshandlung, insofern sie nicht zugleich eine vollendete Rechtsverletzung enthält, ist an sich, weil dem Bedrohten beim Mangel eines Schadens auch das Klagerecht fehlt, straflos, und nur dann strafbar, wenn sie als gefährliche Handlung selbständig mit einer Strafe bedroht ist. Dies ist der Fall beim Zücken des Schwertes, womit es übereinstimmt, daß wegen des mangelnden Klägers diese Handlung besonders als eine vom Bauermeister zu rügende genannt wird. Enthält dagegen der Versuch eine hinter der Absicht zurückbleibende Rechtsverletzung, und ist diese Absicht selbst evident, so wird der Versuch der Vollendung gleich gestraft."

Hiezu ist zu bemerken, daß die Ergänzung des Sachsenspiegels durch den Schwabenspiegel in der Weise, daß ein Gedanke, der sich in einer Stelle des Schwabenspiegels vorfindet auch als den Grundsätzen des Sachsenspiegels entsprechend dargestellt wird, im höchsten Grade bedenklich erscheinen muß. Der von Hälschner angeführte Artikel des Schwabenspiegels lautet: Unde ist daz ein man vf ein roz sitzet. vnde wil riten an sin gescheffede. vnde ein ander man ritet en gen im vnd zivhet sin swert vz. vnd wil in slahen vnd triffet daz roz. daz sprichet karlesch reht. er svle im bozzen. alse ob er in troffen habe. daz ist da von gesetzet. daz er in ze slahenne mot hette. do er daz roz traf.

Von einem versuchten Verbrechen ist hier allerdings die Rede,

---

8) a. a. O. S. 34. 35.

aber ob der hier ausgesprochene Grundsatz über die Bestrafung des Versuches auch dem Sachsenspiegel angehört, dies muß um so mehr bezweifelt werden, als die mitgetheilte Stelle des Schwabenspiegels aus der lex Alamannorum herrührt. Tit. LXXI de eo, qui equum plagaverit, dum hominem plagare voluerit. Si quis homo in equo suo caballicaverit, et aliquis eum super ipsum plagare voluerit, et dum illum plagare voluerit, caballum ejus plagaverit, ita plagam caballi componat, quemadmodum componere debuit, si dominum ejus plagasset.

Wenn daher der von Hälschner für den Sachsenspiegel aufgestellte Grundsatz durch irgend welche Stellen des sächsischen Rechts nicht bestätigt wird, so dürfte demselben kaum beizustimmen sein.

Osenbrüggen[9]) hat über den Versuch des älteren deutschen Rechts folgende Ansicht: „Wir würden fragen, wenn bei einem rechtswidrigen Handeln die rechtswidrige Absicht nicht erreicht wurde, welches die Absicht gewesen sei und darnach das Handeln als Versuch dieses oder jenes Verbrechens, z. B. des Raubes, des Mordes bezeichnen; im altdeutschen Strafrecht nahm man regelmäßig das geschehene Handeln als solches in seiner Beschaffenheit und seiner Wirkung und bestimmte darnach Strafe und Buße.“ —

Weitere Ansichten sind meines Wissens über die Versuchstheorie der Rechtsbücher nicht aufgestellt worden. Aber auch diese wenigen Ansichten weichen in sehr erheblicher Weise von einander ab. Das Vorhandensein des Versuchsbegriffes wird bald behauptet, bald geleugnet und im letzteren Falle gesagt, daß diejenigen Handlungen, welche wir als Versuchshandlungen aufzufassen gewohnt sind, von dem älteren deutschen Rechte als selbständige De-

9) In dem Aufsatz über „Nachtschach“ in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 17. S. 473. 474.

likte behandelt wurden. Diejenigen Schriftsteller aber, welche den Versuchsbegriff in dem älteren deutschen Rechte als vorhanden annehmen, weichen wieder untereinander ab. Bald soll nur der nächste Versuch gestraft worden sein, bald schon die bloßen Vorbereitungshandlungen.

Hieraus ergiebt sich für eine erneuerte Darstellung der Versuchstheorie, daß zunächst die Frage beantwortet werden muß, ob die norddeutschen Rechtsquellen zur Zeit der Rechtsbücher den verbrecherischen Versuch überhaupt gekannt haben, oder nicht.

Zur Vermeidung etwaiger Mißverständnisse ist diese Frage selbst aber etwas genauer zu präcisiren.

Zunächst ist darauf aufmerksam zu machen, daß jede Versuchshandlung auch eine gefährliche Handlung ist, denn in jeder Versuchshandlung ist ein Angriff auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß enthalten. Umgekehrt dagegen läßt sich nur behaupten, daß gefährliche Handlungen auch Versuchshandlungen sein können, daß dieses aber nicht nothwendig ist; nur wenn eine an und für sich schon gefährliche Handlung in der Art unternommen wird, daß die Gefahr dem Willen des Thäters gemäß gegen ein bestimmtes Rechtsverhältniß gerichtet erscheint, können wir daran denken, die betreffende gefährliche Handlung als eine Versuchshandlung aufzufassen. — Für die Behandlung von Rechtsquellen, bei denen es zweifelhaft ist, ob sie den Begriff des Versuches gekannt haben, ergiebt sich aus dem so eben Gesagten, daß Quellenzeugnisse, welche von gefährlichen Handlungen sprechen, die sich allenfalls als Versuchshandlungen würden auffassen lassen, zur Entscheidung der Frage nach dem Vorhandensein des Versuchsbegriffes gar nichts beitragen, wenn nicht zu gleicher Zeit in diesen Stellen eine bestimmte Willensrichtung des Thäters gegen ein zu verletzendes Recht mit ausgedrückt ist.

Es kann aber auch vorkommen, daß eine gefährliche Handlung zu dem Zwecke unternommen ist, um ein bestimmtes Recht zu

verletzen, daß aber die Realisirung dieser Willensrichtung des Thäters nicht mehr zum Thatbestande der von ihm vorgenommenen rechtswidrigen Handlung gerechnet wird. Wenn beispielsweise in den neueren Gesetzbüchern gesagt ist: Wer, um sich selbst oder Andern Gewinn zu verschaffen, oder andern Schaden zuzufügen, eine Urkunde fälscht — so ist damit allerdings die Strafbarkeit der betreffenden gefährlichen Handlung davon abhängig gemacht, daß dieselbe animo lucri faciendi oder animo damnum dandi unternommen worden ist. Als eine Versuchshandlung können wir aber die Urkundenfälschung im Sinne der neueren Strafgesetzbücher nicht auffassen, weil die Realisirung der über die Fälschung hinausgehenden Absicht nicht mit zum Thatbestande des Verbrechens gerechnet wird. — Wir ersehen hieraus, daß wenn auch in den positiven Quellen mit der absichtlich vorgenommenen Handlung eine bestimmte Willensrichtung des Thäters verbunden ist und erst unter Voraussetzung derselben die Strafbarkeit eintreten soll, dennoch nicht ohne Weiteres anzunehmen ist, eine solche strafbare Handlung enthalte nach dem Sinne dieser Quelle eine Versuchshandlung. Wenn wir daher in den Quellen des älteren Rechts die Worte lesen: „Wer ein Schwerdt zieht, um einen andern zu verwunden," so werden wir zwar sagen dürfen, es sei möglich, daß in diesen Worten der Versuch einer Verwundung enthalten sei; es ist aber auch ebenso möglich, daß diese Worte ein selbständiges Verbrechen nach der Auffassung des älteren Rechts enthalten haben. Ob nun das eine oder das andere der Fall ist, das läßt sich nicht mit Bezug auf unsere heutigen Rechtsanschauungen, sondern nur mit Bezug auf die Anschauungen der zu behandelnden Quellen entscheiden.

Und zwar dürfte bei dieser Entscheidung folgender Gesichtspunkt maßgebend sein. Eine Handlung, welche nach der Auffassung irgend einer Rechtsquelle den Grund der Bestrafung in sich selbst trägt, ist mit Bezug auf diese Rechtsquelle nicht als Versuch,

sondern als vollendetes Verbrechen zu behandeln. Wenn dagegen eine Handlung nicht um ihrer selbst willen, sondern nur deswegen gestraft wird, weil dieselbe einen Angriff auf ein nach strafrechtlichen Grundsätzen zu schützendes Recht enthält, wenn mithin die Strafbarkeit der Angriffshandlung abgeleitet erscheint von dem strafrechtlichen Schutze, welcher dem angegriffenen Rechte zu Theil wird; so haben wir — und erst unter dieser Voraussetzung — den Versuchsbegriff gewonnen. — Wir müssen nun gegenüber den Quellen des älteren deutschen Rechtes um so sorgfältiger prüfen, ob dieses Erforderniß sich wird nachweisen lassen, da zur Bildung des Versuchsbegriffes eine gewisse Abstraktion nothwendig ist, die wir für ältere Rechtsquellen keineswegs präsumiren, aber auch bei der Ausbildung, welche das subjektive Moment in denselben erfahren hat, nicht von vorneherein läugnen dürfen.

Beiläufig mag hier gleich auf eine Ansicht eingegangen werden, welche wohl geeignet sein dürfte, eine gewisse Befangenheit bei der Prüfung der Quellen zu erzeugen. Hälschner nämlich sagt in der oben mitgetheilten Stelle: die Versuchshandlung, insofern sie nicht zugleich eine vollendete Rechtsverletzung enthalten habe, sei schon an sich straflos gewesen, weil den Bedrohten beim Mangel eines Schadens auch das Klagrecht gefehlt habe. Es sei dieses beim Schwertzücken der Fall gewesen, womit die Rügepflicht des Burmeisters hinsichtlich dieser Handlung zusammenhänge.

Zunächst ist nun darauf aufmerksam zu machen, daß die Rügepflicht des Burmeisters durchaus nicht im Zusammenhange damit steht, daß in Folge irgend einer strafbaren Handlung niemand verletzt worden ist. Denn wie Ssp. I. 2 §. 4 sagt, soll der Burmeister rügen: alle de to dinge nicht ne komet, de dar plichtich sint to komene, unde dat rücht unde minschen bludende wunden, de eme en ander hevet gedan, unde getogene svert up enes anderen mannes scaden, unde al ungerichte

dat in den lif oder in de hant gat, of it mit klage vor gerichte nicht begrepen is: anderes ne darf he nicht wrügen.

Obwohl diese Stelle durch spätere Zusätze interpolirt ist, so ist dies doch nur durch die Worte alle de to dinge nicht ne komet, de dar plichtich sint to komene, unde — und durch die weiteren — de eme en ander hevet gedan, unde getogene svert up enes andern mannes scaden — geschehen, während die hervorgehobenen Worte, welche sich zweifellos auf Delikte beziehen, bei welchen ein Verletzter gar wohl gedacht werden kann, der ursprünglichen Fassung des Sachsenspiegels angehören. — Die Rügepflicht des Burmeisters ist ein gewissermaßen inquisitorisches Institut, welches das System der Privatklage ergänzt. — Auf die Lehre von dem Versuche läßt sich aus demselben gar nichts schließen.

Außerdem kann ich aus der Beschaffenheit des älteren Strafprocesses keinen Grund entnehmen, weshalb es nicht hätte möglich sein sollen, daß ein Angegriffener auch ohne daß er verletzt wurde, den Angriff selbst zum Gegenstande einer Anklage hätte machen sollen. Daß dieses auch wirklich geschehen ist, läßt sich aus den Quellen direkt erweisen:

Nordhäuser Weisthümer (bei Förstemann S. 62 §. 7.) Consules in frankenhusen scripserunt. iz ist komen eyner vor vnsir herren gerichte, vnd hat eynen geschuldiget, her habe sin mezzer gezucket, vnd wolde on sines liebes belost habe. das hat her om bekant. vnd sint beyde vnse meteburgere. Waz her kegen dem gerichte veruallen sij, bete wir vch mit flize, daz ir vns uwer stat recht wedir schribet. Daz wollen wir gernne vor dyne.

Responsio. als ir geschrebin hat, wizzet daz wir daz haldin vor recht in vnsir stat. ist daz eyner vnser burger vbir den andern eyn mezzer zucket, der daz mezzer zucket, vorwerket keyn daz gerichte vroneschult, des sint XXVIII phenge.

Diese Stelle sagt also sehr deutlich, daß der Angegriffene

selbst als Kläger aufgetreten ist, obwohl er keine Verletzung empfangen hat; daß dieses Verfahren ganz in der Ordnung gefunden und auf die Klage des Angegriffenen gegen den Angreifer auf Strafe erkannt wurde[10]).

Somit würden wir also aus dem akkusatorischen Proceß des älteren Rechts keinen Grund entnehmen können, weshalb der Versuchsbegriff nicht hätte zur Geltung gelangen können.

Wenden wir uns jetzt zur Prüfung der Quellen selbst, so möchte ich hier einzelne Quellenstellen vorausschicken, deren Auffassung hinsichtlich der Beantwortung der Frage, ob in denselben ein Versuch enthalten sei oder nicht, kaum einem Zweifel unterliegen dürfte:

Friderici I. const. de pace tenenda 1156 cap. 12. Si quis rusticus arma vel lanceam portaverit vel gladium, iudex in cujus potestate repertus fuerit, vel arma tollat, vel 20 solidos pro ipsis accipiat a rustico.

Es ist hier nichts weiter erwähnt als das bloße Haben der Waffen. Ob der Besitzer die Waffen hat brauchen wollen und zu welchem Zwecke, darüber wird nichts angedeutet. Es ist möglich, daß die aufgefundenen Waffen zu verbrecherischen Zwecken dienen sollten, es ist mehr als wahrscheinlich, daß die durch das Waffentragen erleichterten und häufig vollführten Gewaltthaten mit die Veranlassung zu der angeführten Bestimmung gegeben haben. Aber aus den Worten des Gesetzes kann unmöglich etwas anderes entnommen werden, als daß durch dasselbe ein selbständiges Delikt hat mit Strafe bedroht werden sollen. Es ist nicht einmal gesagt, daß das Tragen der Waffen, wenn dieselben zu einem verbrecherischen Zwecke dienen sollten, verboten sei, noch

10) Dasselbe sagt verm. Ssp. IV. 35. 1. Hette aber einer sin swert gezuckt, und gebe ym der cleger darumb schult. Vergl. den weiteren Inhalt der Stelle, welche durchaus den Angegriffenen selbst als den Ankläger auftreten läßt, obwohl nichts von einer Verletzung desselben erwähnt wird.

weniger ist der Grund der Strafbarkeit des Waffentragens von den durch dieselben etwa herbeizuführenden Rechtsverletzungen abgeleitet, sondern der Grund der Strafbarkeit liegt lediglich in dem Waffentragen an und für sich, gleichviel in welcher Absicht, zu welchem Zwecke es geschah[11]).

Aehnlichen Inhaltes ist Dithmarsches Recht 1447 §. 22. (Nach der Uebersetzung von Michelsen.) Ferner sind wir mit unserm Lande übereingekommen, daß niemand einen Degen tragen soll bei Biergelagen und auf Bierbänken, noch in der heiligen Kirche, bei 90 Schilling Brüche an unser Land.

Ebenso Dithmarsches Recht 1539 art. 244. Van warpbylen vnd zyntrören. Im Jahre 1537 wird festgestellt: dat jemant na düssem dage hyr bynnen landes drecht effte föret warpbylen, vnd den gelik, effte jennige zyntröre dar de by befunden, de schal an dat land hundert gülden vorbraken hebben, dartho trüweloss vnd erloes van lyue vnd gude gefunden. Vp de sülfften tydt, effte jemant jennige knechte annimpt, dat sint Schotten effte Denen, effte ander butenlandesche, de mit erer were vp den andern gan, de knechte schollen fredeloes sin, dar men dat warhaftigen befindet.

Es ist möglich, daß mit dem Tragen der Waffen die Absicht, irgend ein Verbrechen zu begehen, verbunden gewesen ist; es ist denkbar, daß das Annehmen fremder Leute zu dem Zwecke geschah, irgend welche Gewaltthätigkeiten zu vollführen. Aber von alle dem sprechen die angeführten Quellenstellen gar nicht. Lediglich das Vornehmen der gefährlichen Handlung an und für sich, ohne daß

11) Es ist ein ähnliches Verhältniß wie im römischen Recht in der Bestimmung der lex Julia de vi publica: Lege Julia de vi publica tenetur, qui arma, tela domi suae agrove in villa praeter usum venationis .... coëgerit. (l. 1 h. t.) Eadem lege tenetur, qui pubes cum telo in publico fuerit (l. 3 §. 1 eod.)

derselben durch den Willen des Handelnden bereits eine bestimmte Richtung zur Verletzung irgend eines Rechtes gegeben wäre, ist mit Strafe bedroht.

Auch die bereits oben bei der Lehre vom Irrthume mitgetheilte Stelle des Billwärder Rechts art. 23 gehört hieher.

Von anderer Beschaffenheit sind diejenigen Quellenstellen, welche von dem Schwertzücken handeln.

Schon erwähnt sind die Worte des Ssp. I. 2 §. 4. Der Burmeister soll rügen: .... getogene swert up enes anderen mannes scaden .. (Vergl. Richtsteig cap. 1 §. 4.)

Dazu kommt: Ssp. I. 62 §. 2. Sve sin svert tiut up enes anderen mannes scaden, dat svert sal des richteres sin.
ferner: Gosl. Stat. S. 34. Z. 30. We en swert tüt up enes anderen scaden, dat swert scal he deme voghede antwarden unde dar to deme voghede sestich schillinghe wedden[12]).

Die Zahlung des Geweddes, obwohl nicht ausdrücklich im Sachsenspiegel ausgesprochen, muß doch nach den Grundsätzen dieses Rechtsbuches gefordert sein, wenigstens deutet darauf hin Verm. Ssp. IV. 35. 1:

Wer sin swert czuhet uff eynez andern mannez schaden, daz swert ist dez gerichtez in lantrecht; und in wicpilde sol ez der richter czu losen geben vor einen schilling pfundischer pfenning. In lantrecht und in wicpilde schol er dem gerichte wette umb das swertzucken.

Bleiben wir vorläufig bei diesen Stellen stehen, so erkennen wir, daß in denselben eine bestimmte Strafe ausgesprochen ist für eine Handlung, welche nicht blos an und für sich gefährlich ist, sondern auch durch den Willen des Thäters eine bestimmte Richtung erhalten hat. Die angeführten Stellen bedrohen nicht das Schwertzücken an und für sich, sondern nur, wenn dasselbe zum

12) Die Stelle ist wiederholt S. 88. Z. 36.

Schaden eines Menschen gezückt war. Also nicht blos die Gefährlichkeit der Handlung, sondern der Umstand, daß in der angegriffenen Person die Gefahr dem Willen des Thäters gemäß ein bestimmtes Ziel gefunden hat, ist der Grund der Bestrafung. — Noch deutlicher als aus den vorhergehenden Stellen geht dieses aus Verm. Ssp. IV. 35. 1 hervor:

.... Hette aber einer sin swert gezuckt, und gebe ym der cleger darumb schult, spricht er denn, er hette ez uff bescheidenheit geczogen und nicht uff sinen schaden, tut er sinen eid darczu, er ist ledic von dem cleger, und hat sich auch damit von dem gerichte enbrochen.

Hieraus ergiebt sich ganz deutlich, daß es nur die Absicht zu schaden war, welche die Strafbarkeit der Handlung bedingte, nicht aber die nackte Thatsache, daß jemand sein Schwert gezogen hatte, während er vielleicht zufällig einem anderen gegenüberstand. Denn wäre dieses die Intention der Quellen gewesen, so hätten dieselben unmöglich den Beweis darüber, daß das Schwert nicht zum Schaden, sondern vff bescheidenheit — in einer ungefährlichen, indifferenten Absicht — gezogen sei, zulassen dürfen.

Der Umstand nun, daß die Quellen eine Absicht, die auf Verletzung eines Rechtes gerichtet war, die sich durch eine äußerlich erkennbare Handlung manifestirt, doch aber zu einer Verletzung nicht geführt hat, mit Strafe bedrohen; dieser Umstand könnte uns einige Berechtigung zu der Behauptung gewähren, es sei in Wahrheit der Versuchsbegriff anerkannt und in den angeführten Stellen eine Strafbarkeit für Versuchshandlungen ausgesprochen worden.

Gegen diese Annahme ist aber Folgendes geltend zu machen. Zunächst deutet die Wortfassung der Quellen darauf hin, daß die erwähnte Handlung als selbständiges Verbrechen behandelt worden ist. Im Ssp. I. 2 §. 4 werden alle diejenigen Handlungen aufgezählt, welche der Burmeister zu rügen hat. Neben blutenden Wunden, neben Ungerichten, welche an Hals und Hand gehen,

finden wir denn auch das Ziehen des Schwertes auf eines andern Mannes Schaden mit erwähnt. Diese vollständige Coordination mit den zweifellos als vollendete Verbrechen aufzufassenden Handlungen läßt kaum einer anderen Vermuthung Raum als der, daß auch das Schwertziehen als selbständiges Verbrechen aufgefaßt sein muß. — Wenn wir weiter etwa aus dem Umstande, daß die meisten Rechtsquellen die fragliche Handlung umschrieben haben, einen Schluß darauf ziehen möchten, daß dieselbe nicht als vollendetes, selbständiges Verbrechen aufgefaßt sei, da man für ein solches auch einen selbständigen Ausdruck aufgefunden hätte, so ist hierauf zu erwidern, daß sich dieser selbständige Ausdruck allerdings in den Quellen vorfindet. Verm. Ssp. I. 35. 1 bedient sich zunächst einer dem Ssp. nachgebildeten Umschreibung — Wer sin swert czuhet uff eynez andern mannez schaden — bezeichnet dann aber die Sache mit dem einen Worte — das swertzucken — so daß also auch ein für das vollendete Verbrechen durchaus passender Ausdruck den Quellen bekannt gewesen ist.

Wir brauchen indessen zur Durchführung des Gedankens, daß dem Sinne der bisher betrachteten Quellen gemäß, das Schwertzücken als ein selbständiges Verbrechen aufgefaßt sei, bei diesen Gründen mehr äußerer Art nicht stehen zu bleiben. Soll angenommen werden, es sei in der erwähnten Handlung der Versuch eines Verbrechens nach der Auffassung der bisher betrachteten Quellen enthalten, so muß sich mit Bezug auf das früher Auseinandergesetzte darthun lassen, von welcher für ein vollendetes Verbrechen festgesetzten Strafe, die Strafe des Schwertzückens abgeleitet worden ist, mit einem Wort wir müssen dasjenige Verbrechen bezeichnen können, welches durch die Handlung des Schwerdtzückens versucht worden ist. — Nun ist aber überall eine für sich selbst bestehende Strafe auf die fragliche Handlung gesetzt, es ist nirgends eine Andeutung dafür zu finden, daß diese Strafe etwa eine bestimmte Quote oder eine bestimmte Differenz einer andern bilde. Es fehlt

also in der Straffatzung selbst das charakteristische Moment der specifischen Versuchsstrafe. — Wir müssen aber noch weiter gehen. Soll in dem Schwertzücken eine Versuchshandlung bestraft sein, so muß aus der Versuchshandlung das angegriffene Recht erkennbar sein. — Welches ist dieses? — Wir werden zunächst an Verwundungen und Tödtungen denken, welche als vollendete Verbrechen auf jene Versuchshandlung zu beziehen wären. Aber schon diese Alternative ist zu weit, da die Strafe für das Schwertzücken als Versuch einer Verwundung anders zu normiren gewesen wäre, als wenn man darin die Versuchshandlung einer Tödtung erblickt hätte. Da nun aber nach dem Wortlaute der Quellen in dem einen wie in dem anderen Falle dieselbe Strafe eintreten soll, so geht daraus hervor, daß man sich den bei dem Schwertzücken beabsichtigten Schaden keineswegs so deutlich vergegenwärtigt hat, wie es hätte geschehen müssen, wenn man die Natur der Versuchshandlung erkannt hätte.

Dazu kommt nun noch folgende Stelle der Magdeburger Fragen (I. 1. 19):

Misshandelt jemandes Ratsmanne mit scheltworten oder kampffs anbeut oder schwerdt auff sie zeucht oder ander waffen . . . der soll jn das verbüssen einem jeglichen mit 30 schilling . . . Auch mögen die andern die in der zeiten Ratmanne sind den darumb beschuldigen, das er in das in schmacheit gethan hab. Bekent er es so soll der einem jetzlichen Rathmanne die ihn beschuldigen auch 30 schilling geben vnd dem Richter so manich gewet als maniche buss . . . .

Hier wird nun unter andern Mißhandlungen, welche gegen die Rathleute verübt werden, auch das Ziehen des Schwertes erwähnt. Es wäre noch eine Möglichkeit, daß am Anfange der Stelle der Gedanke obgewaltet hätte, es liege in dem Schwertziehen eine Gefahr für die Rathleute; freilich würde man zu dieser Ansicht nur durch eine höchst gezwungene Interpretation gelangen

können. Der natürliche Sinn ist wohl kaum ein anderer als der, daß in ähnlicher Weise, wie man noch heute das Drohen mit der Faust, das Aufheben der Hand gegen einen andern für eine Beleidigung hält, ohne dabei an die Möglichkeit des Schlagens selbst zu denken, so auch in der angeführten Stelle in dem Schwertziehen gegen einen Rathmann nichts weiter als eine für sich bestehende Beleidigung erblickt wurde. Diese Auffassung ist nun auch für den zweiten Abschnitt der Stelle (Auch mögen die andern — als maniche buss) die einzig mögliche. Die Rathleute, welche gar nicht einmal im Rathe anwesend sind, die also auch unmöglich durch das in der Rathsversammlung erfolgte Schwertzücken gefährdet sein können, haben dennoch das Recht wegen der mittelbar auch ihnen zugefügten Beleidigung zu klagen. So haben wir denn in dieser Stelle das Schwertzücken als eine für sich selbst abgeschlossene verbrecherische Handlung zweifellos bezeichnet. — Wären andere Gründe für die oben aufgestellte Ansicht nicht vorhanden, so könnten wir sagen, es folge daraus, daß das Schwertzücken hier als vollendetes Verbrechen behandelt sei, daß dasselbe auch an andern Stellen ebenso aufgefaßt werden müsse, da sich nicht annehmen lasse, daß ein und dieselbe, gewissermaßen zu einem technischen Begriffe gewordene Handlung, bald als vollendetes, bald als versuchtes Verbrechen aufgefaßt sei. — Aber obwohl die Behauptung, daß nach den bisher betrachteten Rechtsquellen das Schwertzücken sich nicht als Versuchshandlung auffassen lasse, auch ohne die angeführte Stelle der Magdeb. Fr. sich würde aufrecht erhalten lassen, so ist doch nicht zu verkennen, daß diese Stelle selbst einen neuen, nicht unerheblichen Beweisgrund für diese Ansicht beigebracht hat.

Hinsichtlich des Schwertziehens sind aber noch weiter die Bestimmungen des Lübischen, Hamburger und Bremer Rechts zu berücksichtigen.

Das Lübische Recht II. 93, womit III. 46 und Ham-

burger Recht 1292 P. 14 und 1497 M. 5 übereinstimmen, spricht sich darüber in folgender Weise aus:

De ut thut sin swert. Tvt ieman ut sin swert oder sin mezet indeme mode dat he iemende mede sereghe wat allene he nemene we ne do he schal doch dar umme wedden der stat sunderlike dre mark suluers vnde deme richtere sestich schillinghe des gheit an den cleghere dat dridde del den richtere dat dridde del vnde der stat dat dridde del of men dat proven mach mit besetenen luden.

Diese Stelle hat eine Fassung, die sich dem wirklichen Versuchsbegriff in einem höheren Grade nähert, als dies von den analogen Stellen der vorher betrachteten Rechtsquellen behauptet werden konnte. Es zieht jemand sein Schwert, in der Absicht einen Anderen zu beschädigen — aber gegen seine Absicht ist es zu der Beschädigung selbst noch nicht gekommen. Obwohl die Realisirung des verbrecherischen Willens nicht eintrat, soll dennoch der durch äußere Handlungen manifestirte verbrecherische Wille durch bestimmte Geldstrafen geahndet werden. — Daß in dieser Stelle des Hamburger Rechts nicht blos die Handlung des Schwertziehens für sich betrachtet wurde, sondern daß man zugleich die zum Versuchsbegriff erforderliche Continuität zwischen der wirklich begangenen Handlung und der durch dieselbe beabsichtigten Rechtsverletzung in's Auge faßte, das ist durch die Worte: wat ellene he nemene we ne do he schal doch dar umme wedden — mit ziemlicher Deutlichkeit ausgedrückt. — Wäre nun in der angeführten Stelle statt des ganz allgemeinen Ausdrucks — dat he iemende mede sereghe — das angegriffene Recht bestimmt bezeichnet und wäre auch in der Strafbestimmung eine Abhängigkeit der verwirkten Strafe von der für das beabsichtigte Verbrechen festgesetzten Strafe erkennbar, so würde man nicht anstehen dürfen, dem Lübischen und Hamburger Recht die Kenntniß des Versuchsbegriffes in der heutigen Bedeutung des Wortes zuzuschreiben. Da dies

indessen nicht der Fall ist, so muß auch für diese Rechtsquellen behauptet werden, daß, obwohl man materiell die Bedeutung des Versuchs nicht verkannte, dennoch hinsichtlich der formellen Behandlung die Versuchshandlung ebenso wie ein vollendetes, in sich selbst abgeschlossenes Verbrechen dasteht.

Dem Lübischen und Hamburger Recht sind die aus dem Bremischen Rechte anzuführenden Bestimmungen nahe verwandt. Ich führe hier an:

Antiqua 1303 (Oelrichs S. 34.) Tüt en man en metset. edder en ander wapen uppenen borghere. en mede to schathende binnen usen Wichbelethe wert he thes vortucht mit twen borgheren umberopen eres rechtes men schal eme thad metset dhor sine hand slan. wert he begrepen wundet he en och unde wert he thes vortucht mit twen borgheren umberopen eres rechtes unde wurde he begrepen eme schulde me the hand afhowen. Wurt he vorvluchtich. men scal ene vrethelos leggen wil he och wether in de stat comen he scal beteren also thar vore screven is. Sleit he ene dot werthe begrepen men schal eme dhat hovet af howen. wert he vorvluchtich he scal vrethe loos wesen. unde nerghen nene vrethe hebben unde nich mer to bremen comen.

Diese Stelle führt unmittelbar neben dem Messerzücken diejenigen Rechtsverletzungen an, welche bei dem Messerzücken beabsichtigt sein möchten. Es ist aus der ganzen Fassung der Stelle unverkennbar, daß sich das Bremische Recht, freilich nur ganz im Allgemeinen, der rechtsverletzenden Richtung bewußt wurde, welche dem Willen des Thäters gemäß das gezogene Messer erhalten sollte. Das Messerziehen bildet den Anfang des Verbrechens, welches beendigt wird entweder durch die Verwundung oder durch die Tödtung des Angeklagten. — Materiell aufgefaßt sind die Momente, welche die Versuchshandlung ausmachen, dem Bremischen Recht zweifellos bekannt gewesen, das müssen wir aus der

mitgetheilten Stelle entnehmen. Sehen wir aber auf die Art und Weise, wie der muthmaßliche verbrecherische Versuch behandelt worden ist, so müssen wir auch hier anerkennen, daß dieselbe sich in nichts von der Art unterscheidet, wie unmittelbar darauf die zweifellos vollendeten Verbrechen, Verwundung und Tödtung behandelt worden sind. Es erscheint das Schwertzücken mit Bezug hierauf nicht mehr als ein versuchtes, sondern als ein vollendetes Verbrechen.

Es ist noch Einzelnes zu der eben mitgetheilten Stelle zu bemerken. Wir finden nämlich in derselben eine Leibesstrafe für das Schwertzücken festgesetzt; es ist dieses als eine Eigenthümlichkeit des Bremischen Rechts zu bezeichnen, die ich sonst für Norddeutschland nur noch im Stadtrecht von Salzwedel §. 42 (Gengler S. 401) finde. Hier heißt es: . . . we en swert edder en mest edder en ander eggenwapen vp enen anderen tüd edder vthtreket, werth he des vorwunnen mit dren bedderuen borgeren, so schal me eme de hand dorch slan myt deme wapene, dat he togen hefft; wyl he se losen, so gifft he vefftig schillinge, twintich deme richtere, twintich deme sakeueldigen, teyne der stad. — Hieraus ergiebt sich, daß die gedrohte Leibesstrafe nicht als Capitalstrafe angesehen sein kann. Man löste das Durchstoßen der Hand ebenso ab, wie man nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels die an Haut und Haar gehenden Strafen ablösen konnte. Die angedrohte Leibesstrafe wird in dem Salzwedler Stadtrecht noch nicht einmal so hoch geachtet als die Geldstrafe, welche der Sachsenspiegel, das Hamburger und das Lübische Recht androhen. — Es dürfte daraus folgen, daß auch die Strafbestimmung des Bremischen Rechts nicht gerade als eine härtere gegenüber den Strafbestimmungen der anderen Rechtsquellen anzusehen ist. — Uebrigens ist auch nach dem Bremischen Recht das Durchstoßen der Hand mit demjenigen Instrument, welches auf eines anderen Mannes Schaden gezückt wurde, nicht in allen Fällen und

nicht fortdauernd durch alle Redaktionen dieses Stadtrechts anerkannt worden. — Zunächst ist nämlich anzuführen, daß die mitgetheilte Stelle der Antiqua von 1303 sich nur darauf bezieht, daß ein Bremischer Bürger der Angegriffene, resp. der Beschädigte war; daß dagegen die zum Schutze eines Fremden getroffenen Strafbestimmungen viel gelinder waren. Hierüber heißt es Antiqua 1303 (Oelrichs S. 35. al. 3): Tut en gast en metsed uppene anderen gast ether en ander wapen binnen usen wichbelethe. he scal eme gheven to betheringhe en Pund. wudet he ene. he scal eme gheven dre pund. Lemet he ene he schal eme gheven veer pund. howet he eme en leth af he scal eme gheven vif pund. Sleit he ene dot unde wert he begrepen men scal eme dat hovet af bowen. Wert he vorvluchtich me scal ene leggen vrethe loos. Mit thesser silven beteringhe scal en borghere beteren eneme gaste also alse hir vor be screven steit.

In den Fällen also, wo zum Schutze eines Bremischen Bürgers bald leichtere, bald schwerere Leibesstrafen bestimmt sind, begnügt man sich, zum Schutze eines Fremdlings nur Geldstrafen festzusetzen und nur die Todesstrafe ist gleichmäßig für die Tödtung des Fremdlings wie des Bremischen Bürgers angeordnet worden. Wenn so schon in der Antiqua von 1303 nicht in allen Fällen eine Leibesstrafe bestimmt ist, so sehen wir dieselbe in den späteren Redaktionen des Bremischen Rechts auch noch da fortfallen, wo dieselbe in der Antiqua gefordert wird. — Zwar findet sich noch in der Nova von 1433 (Oelrichs S. 500) die alte Strafe aufgenommen; dagegen findet sich noch von demselben Jahre 1433 (Oelrichs S. 553—557) eine s. g. Reformatio der veer ersten ordell synder genade. Diese Reformatio bezieht sich nun zweifellos auf diejenigen Statute, welche bei Oelrichs S. 498—501 unter der Ueberschrift mitgetheilt sind: desset sind de vif stvcke dar de rad nene gnade ane don en scholen vnde scholet de richten

wanner se de vreschen. Es könnte zwar auffallen, daß die Reformatio selbst nur von vier Urtheilen spricht, während das nach unserer Ansicht durch diese reformatio Reformirte fünf Stücke hat. Indessen ist dieser Umstand indifferent, da eine Vergleichung der S. 498—501 mit S. 553—557 ergiebt, daß durch letztere, obwohl nur eine Reformation von vier Stücken angekündigt wird, dennoch die fünf auf den Seiten 498—501 enthaltenen Stucke reformirt werden[13]).. Unter den abändernden Bestimmungen der Nova von 1433 findet sich nun auch die Beseitigung der älteren Leibesstrafe für das Schwertzücken und es wird statt derselben Folgendes verordnet:

Thöge averst jemandt up den andern ein Mest edder ander Wehre öhme darmede tho beschädigen, undt wurde he des avertüghet, edder wolde he dar nicht vor schweren, dat schall he der Stadt beteren mit 15 Marcken vndt liggen den ein Läger, und dohn öhme eines Stades Sohne[14]).

Daraus würde sich denn also ergeben, daß die Abweichung des Bremischen Rechts von den übrigen Rechtsquellen hinsichtlich der Strafe des Schwertzückens sich auf die Dauer nicht hat halten können, sondern daß noch gegen Ende des Mittelalters das Bremische Recht es für nothwendig erachtete, sich in diesem Punkte mit den übrigen norddeutschen Rechten in Einklang zu setzen.

Dieser Exkurs über die Bestrafung des Schwertzückens wurde durch die Bestimmung des Bremischen Rechtes veranlaßt. Kehren wir zu der an dieser Stelle zu beantwortenden Frage zurück: Kennt das ältere norddeutsche Strafrecht den Begriff des verbrecherischen Versuchs?

Aus den bisher angeführten Quellenstellen ergiebt sich vor-

---

13) No. III. der angeführten Reformatio (Oelrichs S. 550) entspricht dem dritten Stücke der S. 498--501 angeführten fünf Stücke.

14) Unter dem liggen ein Läger ist hier jedenfalls eine Art Freiheitsstrafe zu verstehen — vergl. 1304 S. 17. 176. 182. 250. — 1433 S. 498.

läufig der Satz, daß diejenigen Momente, welche unsern heutigen Rechtsanschauungen gemäß den Versuchsbegriff bilden, sämmtlich den älteren deutschen Rechtsquellen, bald mit größerer, bald mit geringerer Bestimmtheit zum Bewußtsein gekommen sind, daß aber nichts destoweniger diejenigen Handlungen, die wir demgemäß auch als Versuchshandlungen hinsichtlich der Strafbestimmung behandeln möchten, in den älteren Rechtsquellen nicht als solche, sondern als vollendete Verbrechen aufgefaßt worden sind.

Es ist zu untersuchen, ob dieser nur vorläufig aufgefundene Satz durch weitere Quellenstellen bestätigt wird, oder ob derselbe Abweichungen erleidet.

Ich führe zunächst noch eine Stelle aus dem Bremischen Rechte an, weil dieselbe mit den bisher besprochenen Handlungen mancherlei Aehnlichkeit hat.

Bremisches Recht Nova 1433 stat. 96 (Oelrichs S. 492.) Scheleden borgere vnder twischen unde sik yenich man wapende to der schele id were bynnen huse ofte buten husen. wert he des vortuget myt twen manne umbesproken eres rechtes. unde scholen borghere wesen de tughen scholen. de schal de wapene to voren gheven der stad unde dre marc dar to.

Es ist etwas Aehnliches zwischen dem Ziehen einer Waffe, um Jemanden zu beschädigen und dem Herbeischaffen der Waffe, damit man dieselbe bei einem entstandenen Streit zum Nachtheile eines der streitenden Theile benutzen kann. Nur ist diese Handlung im Vergleiche zu der vorhergehenden als eine der beabsichtigten Beschädigung entfernter stehende nicht zu verkennen; es enthält dieselbe, um den modernen Ausdruck zu gebrauchen, einen entfernten Versuch, vielleicht eine Vorbereitungshandlung. — Der Umstand aber, daß aus der Stelle unzweideutig hervorgeht, derjenige, der sich die Waffen holte, habe dies in der Absicht gethan, sich bei der entstandenen Schlägerei als aktives Mitglied zu betheiligen,

und obwohl nur unter Voraussetzung des Nachweises dieser Absicht die festgesetzte Strafe eintreten soll, so müssen wir dennoch Bedenken tragen, in dieser Stelle mit Bezug auf die Auffassung des Bremischen Rechts eine Versuchshandlung zu erblicken. Denn aus der Art und Weise, wie die Strafe für diese Handlung festgesetzt ist, ersehen wir, daß die Strafe allein mit Rücksicht auf die erwiesene Handlung bestimmt worden ist, daß dieselbe weder ihrer Art noch ihrer Größe nach abhängig gemacht worden ist von der Strafbarkeit derjenigen Verletzung, welche der Bewaffnete im Augenblicke des Bewaffnens etwa bei sich beschlossen haben möchte.

Ich lasse jetzt einige andere Stellen folgen, die unter sich ziemlich übereinstimmend sind.

Ssp. II. 1. Svan herren mit eiden sik to samene sekeret, se ne besceiden dat rike dar buten, so hebbet se weder deme rike gedan.

Magdeburger Fragen I. 1. 19 . . . Macht auch jemandt samlung oder vngericht wieder den Rath, mit harnisch oder mit gewere, der soll das verbüssen bey solcher buss, als darauff gesatzt ist . . .

Lübisches Recht II. 202. So welic man des begunde mit samminghe vnde mit gheslechte dat he dat recht dat de ratman vnde de stat hebben wolde to breken vnde krenken vnde he darmede uorwnnen worde he schal beteren mit hundert marken penninghe vnde der stat untberen ne heuet he der penninghe nicht men schal ene inden torn lecghen vnde eten dar inne water vnde brot also langhe wante he de hundert mark gheue vnde der stat scal he unberen der hundert mark schal hebben de twe del de stat vnde dat dridde del dat richte.

Es leuchtet ein, daß in diesen Stellen Angriffshandlungen beschrieben sind, daß zur Strafbarkeit des Thäters die erwiesene Absicht desselben gefordert wird, bestehende Rechtsverhältnisse

öffentlich rechtlicher Art umzustoßen; es ist ferner deutlich, daß die Strafbarkeit sich nur an die in verschiedener Weise manifestirte Absicht des Thäters knüpft, ohne daß das Eintreten eines schädlichen Erfolges verlangt wird. Aus diesen Momenten würden wir schließen müssen, daß die eben angeführten Stellen von Versuchshandlungen sprechen. — Aber bemerken wir dagegen die Art und Weise, wie die verbrecherische Absicht kriminell behandelt ist, so widerspricht diese derjenigen Behandlungsweise, die wir für den kriminellen Versuch fordern müßten. Denn obwohl nur die Stelle des Lübischen Rechts die ausdrückliche Straffatzung enthält, aus welcher hervorgeht, daß die Angriffshandlung mit einer durchaus selbständigen, von keiner anderen abgeleiteten Strafe belegt ist, so ist doch die Fassung der beiden anderen Stellen der des Lübischen Rechts ganz analog, so daß wir auch für sie das Gleiche hinsichtlich der kriminellen Behandlung des verbrecherischen Angriffes behaupten müssen.

Weiter gehört hieher Hamburger Recht 1292 O. 7. 1497 M. 9.

Were dat de ratmanne enen vrede boden bi live vnde bi goede, vnde ienich man den vrede breke, also dat he den anderen iaghede, vnde dat de andere van eme queme vngeslaghen vnde vnghewundet: mach man dat tughen mit twen erſsetenen mannen, de vredebrekere scal dat beteren mit X marken sulueres unde mit enem voeder wines van XVIII punden, vnde deme richte mit III punden vor de wolt; des scal man eme nicht laten.

Auch hier liegt materiell aufgefaßt eine Versuchshandlung vor. In der Absicht einen anderen zu schlagen, zu verwunden, läuft der Angeschuldigte demjenigen nach, den er zu verletzen beabsichtigte. Zu der beabsichtigten Verletzung kommt es aber gegen den Willen des Thäters nicht, da der Verfolgte seinem Angreifer zu entkommen weiß. Die Strafe trifft also nur den äußerlich manifestirten ver=

brecherischen Willen. Aber formell wird diese Manifestation des verbrecherischen Willens als ein selbständiges für sich abgeschlossenes Verbrechen angesehen. Derjenige, welcher während eines gebotenen Friedens einem andern nachläuft, um ihn zu schlagen, der macht sich eines Friedbruchs schuldig und ist nach den Vorschriften des mitgetheilten Statuts zu strafen. Es könnte zwar in die Worte — de vredebekere scal dat beteren — der Sinn gelegt werden, daß das Nachlaufen, um zu schlagen, nur deswegen als Friedensbruch bezeichnet sei, weil das Schlagen selbst ein Friedensbruch gewesen wäre, so daß also für die Beurtheilung der Angriffshandlung die Auffassung der wirklich eingetretenen Verletzung als Maßstab gedient hätte. Eine derartige Erklärung würde aber kaum haltbar sein; denn wäre dieselbe richtig, so würde diese Stelle des Hamburger Rechts eine Abweichung gegen alle bisher erörterten Bestimmungen sowohl des Hamburger Rechts selbst, wie auch der verwandten Rechtsquellen enthalten und ehe wir eine solche annehmen dürfen, müssen wir zwingendere Beweismittel als die eben angeführten Worte haben. Ueberdem läßt sich der Umstand, daß von demjenigen, dessen verbrecherische Thätigkeit lediglich auf eine Angriffshandlung beschränkt blieb, der Ausdruck „Friedbrecher" gebraucht wird, auch sehr einfach in folgender Weise erklären. Der Friede, welchen die Rathmannen geboten haben, bezweckt überhaupt die Aufrechthaltung der Ruhe und Ordnung. Wer diese stört, sei es auch nur durch einen unrechtmäßigen Angriff, der macht sich eines Friedbruchs schuldig, nicht weil er ein bestimmtes subjektives Recht verletzte, sondern weil er sich gegen den gebotenen Frieden selbst auflehnte.

Daß übrigens für eine bloße Angriffshandlung der Ausdruck Friedbruch gewählt wird, darin steht das Hamburger Recht nicht isolirt da. So heißt es beispielsweise in den Gosl. Stat. S. 40. Z. 24. Scüt an emme en vredebrake, al ne weren dat nene wunden, unde blift de klaghe overnechticht, de

voghet scal den vredebreker vor sich laten laden; ne mach man sin nicht hebben, so scal men eme dat kündighen to huse unde to hove, oder in de herberghe, of he en gast is: ne kumt he nicht vore to rechtem antwarde, so scal men ine vorvesten.

Der Friedbruch, von dem hier die Rede ist, kann, da eine Verwundung ausdrücklich ausgeschlossen ist, nur als Angriff zum Zweck einer Verwundung gedacht werden. Doch ist dieser Angriff ein selbständiger Friedensbruch und es läßt sich aus der Stelle nicht ersehen, daß man den Angriff nur deswegen als Friedensbruch behandelt habe, weil die wirklich eingetretene Verletzung ein solcher gewesen wäre.

Auch Gosl. Stat. S. 46. Z. 19 (wiederholt S. 89. Z. 1.) würde hier anzuführen sein: „We des bekant dat he sin ghewardet hebbe unde vredebrake an im ghedan welde hebben, dat is en vredebrake. Diese Stelle hängt aber mit dem auch besonders benannten Verbrechen der Wegelagerung zusammen, von welchem gleich unten gehandelt werden wird. Es mag daher die nähere Erörterung derselben vorläufig ausgesetzt bleiben.

Vergegenwärtigen wir uns jetzt, was wir durch das Vorstehende zur Beantwortung der Frage, ob die Quellen des norddeutschen Rechts den Versuchsbegriff gekannt haben oder nicht, gewonnen haben. — Die schon früher mit Bezug auf das Schwertzücken ausgesprochene Ansicht, daß den älteren Quellen zwar alle diejenigen Momente zum Bewußtsein gekommen sind, welche auch nach unsern heutigen Rechtsanschauungen den Versuchsbegriff ausmachen, daß aber die formelle Behandlung derjenigen widerrechtlichen Handlungen, deren materieller Inhalt sich als versuchtes Verbrechen darstellt, von der Art gewesen ist, daß man die fraglichen Handlungen nicht als versuchte, sondern als vollendete Verbrechen behandelte — diese Ansicht ist durch das weitere Material lediglich bestätigt worden, und wir müssen bei derselben

als bei dem endlich gefundenen Resultate wohl lediglich stehen bleiben [15]).

Ehe indessen untersucht werden kann, wie weit dieses Resultat theils für die Auffassung der älteren strafrechtlichen Anschauungen überhaupt, theils für die Entwickelung des Versuchsbegriffes in's besondere nutzbar gemacht werden kann, ist noch auf folgendes aufmerksam zu machen. Da nämlich diejenigen Handlungen, welche wir als Versuchshandlungen auffassen, von dem älteren deutschen Rechte als vollendete Verbrechen aufgefaßt wurden, so kann es uns nicht Wunder nehmen, wenn wir auch unter den benannten Verbrechen einzelne finden sollten, die in Wahrheit nichts anders als Versuchshandlungen enthalten. Köstlin bezeichnet in der oben angeführten Stelle seines Systemes als selb-

15) Abgesehen von demjenigen, was noch bei Gelegenheit der über die Wegelagerung anzustellenden Untersuchung beizubringen sein wird, dürfte durch die oben mitgetheilten Quellenstellen das uns zu Gebote stehende Material auch so ziemlich erschöpft sein. Es wäre höchstens noch anzuführen: Dithmarsches Recht 1447 §. 102: „Wenn jemand bei einem Biergelage oder auf der Straße einem Anderen das Leben zu nehmen beabsichtigt hätte, und das beweislich wäre, so soll er dem Kläger 90 Schilling und dem Gerichte 90 Schilling büßen." Diese Stelle würde dem im Texte aufgestellten Resultate keineswegs widersprechen. — Wenn es im Billwärder Recht 58 heißt: ... de dike vthsteken hemeliken vmme dat land to vorderuende — so wird man hierin überhaupt kaum eine Versuchshandlung erblicken können. Denn in dem Durchstechen der Deiche liegt nicht blos der Angriff auf ein bestehendes Rechtsverhältniß, sondern bereits eine Verletzung desselben; es kann daher in den Worten — vmme dat land to — vorderuende entweder nur ein über das vollendete Verbrechen hinausgehender Zweck angedeutet sein, oder es bilden diese Worte einen Gegensatz zu dem Fall', daß jemand an irgend einer Stelle den Damm durchsticht, nicht um Andere zu beschädigen, sondern um sich selbst vor Gefahr zu schützen. — Aus ähnlichen Gründen konnte auch Magdeb. Fr. I. 3. 9 übergangen werden. Die Bestimmung des Wendisch-Rügianischen Landbrauchs Tit. 242 S. 313 steht in keinem erkennbaren Zusammenhange mit den übrigen norddeutschen Rechtsquellen. Irgend ein Prinzip über die Bestrafung des Versuchs oder über die Auffassungsweise desselben läßt sich aus dieser Quelle nicht entnehmen.

ständige Verbrechen, welche in Wahrheit Versuchshandlungen sind, die Heimsuchung und die Wegelagerung. Hinsichtlich des ersteren Verbrechens kann ich mit ihm nicht übereinstimmen und mag es hier vorläufig zur Widerlegung dieser Ansicht genügen, auf die Arbeit Osenbrüggen's über den Hausfriedensbruch hinzuweisen. Richtig erscheint dagegen die hinsichtlich der Wegelagerung von Köstlin gemachte Andeutung. Eine Untersuchung über dieses Verbrechen ist gleich hier vorzunehmen, weil durch dieselbe das zur Feststellung der Versuchstheorie des älteren deutschen Rechts gebotene Material wohl vermehrt werden dürfte.

Zunächst ist darauf aufmerksam zu machen, daß die Quellen bald von Wegelagerung (wegelage — wegelogunge — wegeloge) bald von lage sprechen. Diese beiden Ausdrücke müssen wohl jedenfalls als gleichbedeutend angenommen werden. Es spricht dafür die Aehnlichkeit der beiden Worte, welche uns lage als eine Abkürzung von wegelage erscheinen läßt in ähnlicher Weise, wie auch wohl not als Abkürzung von Nothzucht — notzoge — vorkommt (vergl. Kulm II. 30 — vrouwen note —). Sodann findet sich im Haller Recht 1235 (Gaupp S. 225) §. 7 eine lateinische Uebersetzung des Wortes lage, welche durch insidia bewirkt wird, welches Wort auch sonst zur Bezeichnung der Wegelagerung gebräuchlich ist. (Grimm Weisthümer Bd. III. S. 73 al. 6.) — Qui assumtis armis alicui concivi suo insidias fecerit in quacumque via —. Weiter ist darauf hinzuweisen, daß nicht leicht ein und dieselbe Quelle sowohl den Ausdruck Wegelagerung wie auch den Ausdruck lage braucht, sondern daß diese Ausdrücke mit der Verschiedenartigkeit der Quellen selbst wechseln. Den Ausdruck Wegelagerung braucht der Verm. Ssp., ebenso findet sich derselbe in den Böhme'schen Schöffensprüchen und in den von Neumann mitgetheilten Magdeburger Schöffensprüchen, während der Ausdruck Lage benutzt wird von den Magdeburger Fragen, dem Breslauer Recht (1261),

dem Görlitzer Recht (1304), dem Haller Recht (1235). — Nur das Kulmische Recht braucht abwechselnd beide Ausdrücke. Das Wort lage findet sich II. 30, während III. 32 den Ausdruck wegeloge gebraucht. Dieser Umstand dürfte indessen kaum geeignet sein, dem eben angeführten Beweisgrunde für die Identität der beiden Ausdrücke wesentlich Abbruch zu thun, da das Kulmische Recht auch sonst nicht zu strenge bei den einmal gewählten Ausdrücken verharrt; so wird beispielsweise II. 30 von vrouwen note; III. 32 von notzoge gehandelt. — Endlich ist noch für die gleiche Bedeutung der erwähnten Worte anzuführen, daß die Art und Weise, wie nach der Beschreibung der Quellen die Wegelagerung begangen wird, auch auf die lage paßt und umgekehrt [16]).

Aus den angeführten Gründen werden wir berechtigt sein, für die Darstellung der Wegelagerung nicht blos diejenigen Quellen zu benutzen, welche den Ausdruck wegelage haben, sondern wir werden auch diejenigen mit betrachten dürfen, welche sich des Ausdrucks lage bedienen.

Was den Thatbestand der Wegelagerung anbetrifft, so gewähren die Quellen nur Andeutungen zur Herstellung eines solchen; eine Definition werden wir vergeblich suchen, wie denn überhaupt die einzelnen Verbrechen mehr als thatsächliche, denn als Rechtsbegriffe behandelt werden. Aus diesen Andeutungen läßt sich aber folgendes entnehmen:

1) hinsichtlich des objektiven Thatbestandes. Ein bestimmtes konkretes Rechtsverhältniß wird nicht als Angriffsobjekt der Wegelagerung bezeichnet. Böhme Schöffensprüche S. 123 al. 3. Hie stet N. vnd claget obir N. gote vnd sime hirren dem herczogen vnd euch her richter vnd der stad gemeine beide arm vnd rich vnd dem lande das her ist komen binnen wichbilde an die stat do N. sulde habin frede vnd

---

16) Vergl. auch Haltaus a. a. O. 1153 s. v. Lage.

gnade vnd hot im gewegelagert an der strose des riches vnd hot den wichfrede an im gebrochin vnd hot in gewundet vnd gewechschart vnd gerawbet in do sines libes vnd sines gutis vnd hot die not an im getan die her wol bewisen mag . . . .

Neumann Magdeb. Schöffenspr. N. XXX. (S. 70. 71) . . . Bescheidenlich spricht Adularius Colman und ich ån sinem worte, das em freuel vnd gewald widerfaren ist von wegelogunge vnd uffslauffunge wegen zu . . . . dißir stat Gorlitz von . . . (folgen die Namen der Angreifer) . . . . Dieselbin funff person sein zcu Adulario Colman gesprungen, freuelich gewaldiglich und torsticlich mit irem mortlichen gewer weder gleich vnd recht vnd habin en do wolt brengen vom lebin zcum tode, das em denn got geholffin hot, das er entgangen ist.

Obwohl in der Stelle der Böhme'schen Schöffensprüche einzelne der Ausdrücke, welche die in Folge der Wegelagerung begangenen Rechtsverletzungen bezeichnen, etwas unklar sind, wie z. B. der Ausdruck — gewechschart — so geht doch aus dieser Stelle hervor, daß nicht blos eine beabsichtigte Verwundung, sondern auch ein beabsichtigtes Vermögensverbrechen, wenn es nur mittelst persönlicher Gewalt ausgeführt wurde, auf den Begriff der Wegelagerung paßte. Ebenso konnte eine beabsichtigte Tödtung zur Wegelagerung Veranlassung geben.

2) Hinsichtlich des subjektiven Thatbestandes. Absicht des Handelnden ist unter allen Umständen erforderlich. In dem eben mitgetheilten Neumann'schen Schöffenurtheil heißt es: Sie haben ihn „wolt" brengen vom lebin zcum tode.

Magdeb. Fr. III. 5. 1. Ob ein Mann dem anderen lage thut mit einem gezogen schwerdt, mit dem er vngericht an dem anderen meint zu thun.

Indessen ist, wie ich glaube, nicht jede Absicht genügend zum Thatbestande der Wegelagerung, sondern es wird dolus praemeditatus gefordert. Es wird dieses ausgedrückt durch das Wort

insidia (Haller Recht §. 7; Gaupp S. 225). Ebenso heißt es in den „Rechten von Medebach" (Grimm, Weisthümer Thl. III. S. 73 al. 6): Qui assumtis armis alicui concivi suo insidias fecerit in quacumque via —. In dem „Vestenrecht zu Schwelm" (Grimm, Weisthümer Thl. III. S. 28. II. al. 10) heißt es: Item wey dem andern wegelagede met vorsathe.

Aus diesen Stellen scheint hervorzugehen, daß mit dem Begriff der Wegelagerung der Begriff des impetus unvereinbar war; wie denn auch das Wort Wegelagerung, Lage, selbst darauf hindeutet, daß ein Abwarten seitens des Angreifenden stattgefunden haben muß, wodurch denn schon von selbst die Annahme der prämeditirten Absicht geboten erscheint.

3) Vollendet ist die Wegelagerung durch die Manifestation der verbrecherischen Absicht. Eine dem Willen des Thäters gemäß eingetretene Verletzung schließt den Begriff der Wegelagerung aus. Die schon bisher angeführten Quellenstellen enthalten auch hiefür den Beweis. Dadurch wird der Inhalt dieses Verbrechens materiell aufgefaßt, sich als Versuchshandlung darstellen. Formell aufgefaßt ist aber die Wegelagerung nicht als Versuch eines Verbrechens, sondern als vollendetes Verbrechen behandelt. Es sind für dieses Verbrechen bestimmte, selbständige Strafen festgesetzt. Die Wegelagerung wird als Ungericht bezeichnet (Verm. Ssp. IV. 6. 8): Alle dy man in hanthafter tad begrifft an ungerichte, is sy umbe wunden, lemden, todslag, dub adder roub, notczage, wegelage oder welcher hande ungerichte geschet — ebenso wird die Wegelagerung als Friedensbruch bezeichnet (Gosl. Stat. S. 46. Z. 19. S. 89. Z. 1. vergl. auch: Verm. Ssp. IV. 12. 1). Es wird namentlich in der mitgetheilten Stelle des Verm. Ssp. die Wegelagerung mit den zweifellos als vollendete Verbrechen aufzufassenden Rechtsverletzungen vollständig gleich behandelt. Dasselbe geschieht auch in anderen Stellen, in denen hinsichtlich der Aburtheilung der Wegelagerung besondere Vorschriften

über die Competenz des Richters und der zu beobachtenden Beweisform gegeben werden.

Haller Recht 1235 §. 10 (Gaupp S. 225). Si aliquis accusatus in judicio fuerit de heymsuche ipse itaque VII mus expurgabit. §. 11. Idemque judicium de lage.

Dieselbe Rechtsquelle sagt §. 7: Prefectus etiam noster omnes causas judicat et decidit. Tribus causis exceptis. Scilicet vi illata quod not dicitur. et vim in propriis domibus factam quod dicitur heymsuche. et excepta insidia quod lage dicitur. quas burogravius judicat et decidit.

Mit dem Inhalte dieser Stelle stimmt im Wesentlichen überein Görlitzer Recht 1304 art. 4 (Gaupp S. 271). Weichbild art. 42 §. 13. Breslauer Recht 1261 §. 40 (Gaupp S. 237). Kulm II. 30[17]).

Obwohl, wie gesagt, formell aufgefaßt, die Wegelagerung sich als vollendetes Verbrechen darstellt, so kommt doch in einer Beziehung der materielle Inhalt dieses Verbrechens als einer Versuchshandlung zur Bedeutung. Wenn es nämlich bei der Wegelagerung nicht bleibt, sondern wenn die Thätigkeit des Handelnden bis zur wirklichen Verletzung vorgeschritten war, wenn in Folge der Wegelagerung der Angegriffene wirklich verwundet oder beraubt oder getödtet worden war, so wird durch die auf die Wegelagerung folgende Verletzung die Wegelagerung selbst absorbirt. In denjenigen Quellenstellen nämlich, in denen überhaupt davon die Rede ist, daß es bei der Wegelagerung nicht bleibt, sondern eine wirkliche Verletzung stattgefunden hat — vergl. Böhme

17) Es mag hier beiläufig erwähnt werden, daß die Zusammenstellung der Wegelagerung in diesen Stellen mit Hausfriedensbruch und Nothzucht wohl die Veranlassung gewesen sein mag, weswegen Köstlin (System S. 217) auch den Hausfriedensbruch mit zu dem Versuchsverbrechen gerechnet hat. Nothzucht hätte er ebenso gut hinzurechnen dürfen. Da dies aber zu bedenklich erscheinen mochte, so half ein „u. s. w." in zweckmäßiger Weise aus.

Schöffensprüche S. 123 al. 3 — wird nicht von mehreren verwirkten Strafen, oder von mehreren Strafanträgen gesprochen, sondern der Kläger stellt nur einen Strafantrag, verlangt nur ein Urtheil. Dieses erklärt sich nicht etwa daraus, daß im älteren deutschen Strafrecht das Absorptionsprinzip für die Verbrechenskonkurrenz anerkannt wäre (es wird weiter unten über die Konkurrenz zu handeln und der Beweis für die eben hier aufgestellte Behauptung zu liefern sein), sondern daraus, daß durch jedes vollendete Verbrechen die demselben voraufgegangenen Versuchshandlungen als absorbirt anzusehen sind.

4) Die Art der Ausführung ergiebt sich bei der Wegelagerung nach dem bisher Angeführten wohl von selbst. Es ist nur ein Umstand, auf den ich aufmerksam machen möchte, nämlich der, daß der Gebrauch der Waffen, von dem einzelne Stellen sprechen, mir nicht nothwendig zur Ausführungsart der Wegelagerung zu gehören scheint. Der Ausdruck insidiae ist viel wesentlicher für die Ausführungsart des Verbrechens. Das Auflauern zum Zwecke des Angriffes muß aus der Handlung ersichtlich sein. Das Führen von Waffen wird ein Merkmal für diese Absicht abgeben, aber nicht das einzige, auch nicht einmal das wesentliche, da die bloßen Fäuste des Angreifers nicht selten ein vollständig genügendes Angriffsmittel abgegeben haben mögen.

5) Bestrafung der Wegelagerung. Hinsichtlich der Bestrafung der Wegelagerung weichen die Quellen, die überhaupt der Strafe Erwähnung thun, bedeutend von einander ab. In den Rechten von Medebach (Grimm, Weisthümer Thl. III. S. 73 al. 6) heißt es: Qui assumtis armis alicui concivi suo insidias fecerit in quacumque via, si conductus fuerit, sicut justum est, decem solidos vadiabit civibus, quorum tertia pars pertinet ad judicem. Hier ist von einer bestimmten Geldstrafe für die Wegelagerung die Rede und es kann nicht übersehen werden, daß diese Bestimmung in unmittelbaren Zusammenhang

mit einer Strafbestimmung für eine wirklich eingetretene Verwundung gebracht ist. Für diese ist eine Strafe an Haut und Haar bestimmt, so daß also die Strafe für den bloßen Angriff geringer arbitrirt scheint, als die Strafe für die wirklich eingetretene Verletzung.

Anders bestimmt das Vestenrecht zu Schwelm (Grimm Weisthümer Thl. III. S. 28. II. al. 10) — dat is em umb sinen lyff off gut op des herren genade — läßt also für die Wegelagerung entweder Vermögens- oder Leibesstrafen eintreten nach dem arbitrium des Gerichtsherrn, so daß also statt einer bestimmt fixirten eine arbiträre Strafe festgesetzt ist.

Die Magdeb. Fr. III. 5. 1. setzen dagegen für die Wegelagerung eine bestimmte Strafe fest, nämlich das Abhauen der Hand. „Ob ein Mann dem anderen lage thut mit einem gezogen Schwerdt, mit dem er ungerichte an dem andern meint zu thun. Hierauff sprechen wir für Recht, bekent er das vor gehegtem Ding, er büsset darumb sein handt, Leucknet er daß, so soll er selb dritte dafür schweren.“ Es ist allerdings zur richtigen Würdigung dieser absolut bestimmten Strafe darauf aufmerksam zu machen, daß die Wegelagerung nicht blos auf die Verletzung irgend eines Rechtes überhaupt, sondern auf eine solche Rechtsverletzung gerichtet erscheint, welche unter die Kategorie der Ungerichte fällt. Mit dieser Bestimmung der Magdeb. Fr. läßt sich die schon erwähnte Stelle der Gosl. Stat. S. 46. Z. 19 leicht vereinigen. We des bekant dat he sin ghewardet hebbe unde vredebrake an im ghedan welde hebben, dat is en vredebrake. Denn auch aus dieser Stelle würden wir nur entnehmen können, daß für die Wegelagerung die Strafe eines Friedbruchs zu erkennen gewesen ist, wenn die beabsichtigte Rechtsverletzung sich ebenfalls als ein Friedbruch dargestellt haben würde.

Verm. Ssp. IV. 6. 8. läßt Zweifel über die Bestrafung der Wegelagerung bestehen: Alle dy man in hanthafter tad begrifft

an ungerichte, is sy umbe wunden, lemden, todslag, dube adder roub, notzage, wegelage oder welcherhande ungerichte geschet, daz an daz leben adder gesunt ged, dy sal man alle allewegen mit geruffte vorbrengen, unde dy allewege irczugen selbsobende. Denn aus dieser Stelle geht nichts weiter hervor, als daß die Wegelagerung mit zu den Ungerichten gezählt wird, und daß dieselbe entweder mit einer Lebensstrafe oder mit einer verstümmelnden Strafe zu ahnden ist. Dieser Zweifel scheint zwar beseitigt zu werden durch Verm. Ssp. IV. 12. 1. — Wer deme anderen tud wegeloge, begrifft man den in hanthafter tad, unde brenget on mit gerufte vor gerichte, unde furdert on selbsobende, men richtet ober on mit deme swerte nach fredebruchers rechte.

Durch diese Stelle wird für die Wegelagerung die Schwertstrafe bestimmt, aber es ist nicht zu übersehen, daß in dem vorliegenden Fall der Wegelagerer auf der hanthaften That ergriffen ist, daß er mit Gerüfte vor Gericht gebracht wird. Nur ist es nicht gut denkbar, wie man den Wegelagerer auf „hanthafter That" ergreifen soll, wenn es nicht in Folge der Wegelagerung zu einer wirklichen Verletzung gekommen wäre. So ist denn leicht möglich, daß diese Stelle nicht blos für die Wegelagerung, sondern auch für die mittelst der Wegelagerung herbeigeführte Verletzung die Strafe ausspricht. Es widerspricht dies eben Gesagte nicht dem oben Angeführten, daß nämlich, wenn es in Folge der Wegelagerung zu einer wirklichen Verletzung kam, diese Verletzung als vollendetes Verbrechen die voraufgehende Versuchshandlung, welche in der Wegelagerung enthalten war, absorbirt habe. Denn es ist nicht zu verkennen, daß durch die Prämeditation, die in der Wegelagerung enthalten war, ein qualificirendes Moment geboten wurde, welches bei dem Zuerkennen der Strafe dadurch am einfachsten bezeichnet werden konnte, daß man auf den Akt selbst, durch welchen die Prämeditation sich manifestirte zurückging.

Mag man nun aber annehmen, es sei in der angeführten Stelle des Verm. Ssp. die Todesstrafe blos für die Wegelagerung bestimmt, oder mag man der Ansicht sein, es beziehe sich diese Strafe auch auf die in Folge der Wegelagerung eingetretene Verletzung, so bleibt doch unter allen Umständen eine solche Mannigfaltigkeit der Strafbestimmungen für dieses Verbrechen bestehen, daß an eine Vereinigung der verschiedenen Quellenaussprüche nicht zu denken ist. Auch ist es bei der geringen Anzahl derjenigen Quellenstellen, die eine Bestrafung der Wegelagerung anführen nicht möglich, eine Strafart der einen, eine andere dagegen einer anderen Kategorie von Quellen zuzuweisen.

Die Frage, welche uns bei der Bestrafung der Wegelagerung zweifellos am meisten interessirt, ob nämlich die für die Wegelagerung festgesetzte Strafe geringer gewesen ist, als diejenige für die wirklich eingetretene Verletzung, diese Frage findet zu ihrer Bejahung allerdings einen Anhalt in der mitgetheilten Stelle des Medebacher Weisthums. Man wird indessen gerechtes Bedenken tragen dürfen diese Bestimmung ohne Weiteres auf die übrigen Quellen zu übertragen.

Untersuchen wir jetzt, was sich aus dem vorangestellten Material für die Auffassung des älteren deutschen Strafrechts überhaupt, und für die historische Entwickelung des Versuchsbegriffes ziehen läßt.

Wir gehen von dem schon gefundenen Resultate aus, daß alle diejenigen Momente, die den Begriff des Versuches ausmachen, dem älteren deutschen Strafrechte zum Bewußtsein gekommen sind, daß aber die materiell als Versuchshandlungen aufzufassenden Handlungen nicht als solche, sondern als vollendete Verbrechen behandelt wurden. Es kommt zunächst darauf an, den Grund dieser Erscheinung festzustellen. Dieser ist nun keinesfalls darin zu suchen, daß das subjektive Moment der verbrecherischen Handlung nicht genügend berücksichtigt worden sei. Wir sahen, daß es die ver-

brecherische Absicht war, welche Strafe nothwendig erscheinen ließ, auch ohne daß ein materieller Schaden entstanden war. Einzelne Stellen bezeichnen dieses dadurch, daß sie sagen: derjenige, der ein Schwert zieht auf eines andern Mannes Schaden; an einer andern Stelle wird darauf hingewiesen, daß das Schwertziehen allein zu einer Bestrafung nicht Veranlassung gebe, es sei der Beweis des Angeklagten zulässig, daß er sein Schwert nicht zum Schaden eines Andern, sondern mit Bescheidenheit gezogen habe; an andern Stellen heißt es, der Angeklagte hat einem andern das Leben nehmen wollen; es wird für die Angriffshandlung das Wort insidiari — insidiae — gebraucht; man verlangt vorsate zum Thatbestande der strafbaren Handlung; das alles sind Zeugnisse, welche auf's Entschiedenste der etwaigen Ansicht widersprechen, daß die Nichtberücksichtigung des subjektiven Momentes der Ausbildung des Versuchsbegriffes hinderlich gewesen wäre.

Andrerseits muß aber auch anerkannt werden, daß die objektive Seite der Versuchshandlung, die Manifestation des verbrecherischen Willens durch bestimmte nachweisbare Handlungen ihre volle Würdigung gefunden hat. Das Schwertziehen, das Wegelagern, das Zusammenrotten um einer Obrigkeit entgegenzutreten, das Laufen nach einem anderen um ihn zu schlagen, zu verwunden; es sind dies Handlungen, welche wir noch heute als Schulbeispiele benutzen könnten, um an ihnen zu zeigen, in welcher Weise sich der verbrecherische Wille geäußert haben müsse, damit derselbe zur Bestrafung führen könne.

Selbst das Moment des strafbaren Versuchs, daß der Thäter gegen seinen Willen an der Ausführung der beabsichtigten Verletzung gehindert sein muß, darf in den ältern Quellen als bekannt vermuthet werden. Eine Andeutung hiefür liegt in der mitgetheilten Stelle des Hamburger Rechts 1292 O. 7. 1497 M. 9. Auch wäre es schwer zu denken, wie bei dem freiwilligen Rücktritt

des Thäters von der verbrecherischen Absicht eine Klage oder eine Rüge hätte angestellt werden sollen.

Mit einem Worte, ich glaube nicht zu viel zu behaupten, wenn ich sage, daß der wesentliche Inhalt der CCC. art. 178 — so sich jemandt eyner missethatt mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volnbringung der missethatt dienstlich sein mögen, vndersteht, vnnd doch an volnbringung der selben missethatt durch andere mittel, wider seinen willen verhindert würde, solcher böser will, darauss etlich werck, als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen — schon dem älteren deutschen Strafrechte bekannt gewesen ist, auch wenn wir uns lediglich auf die Betrachtung der norddeutschen Rechtsquellen beschränken. Von dieser Behauptung müssen wir natürlich alle diejenigen Bestimmungen des angeführten Artikel der CCC. ausnehmen, welche sich auf die Bestrafung der Versuchshandlung beziehen. Das der CCC. Eigenthümliche gegenüber den älteren Rechtsquellen besteht — wenn wir von der Strafnormirung, auf die noch unten einzugehen sein wird, absehen — lediglich darin, daß sie dasjenige, was dem älteren deutschen Strafrechte nur an konkreten Fällen zum Bewußtsein kam, in eine allgemeine, abstrakte Regel faßte. Dieser Umstand wird uns auch den Anknüpfungspunkt zur Auffindung des Grundes geben, woher es gekommen ist, daß im älteren deutschen Recht die Versuchshandlungen formell als vollendete Verbrechen behandelt worden sind.

Es ist nämlich dem älteren deutschen Rechte jedes Verallgemeinern eines bestimmten konkreten Falles, jedes Abstrastrahiren einer allgemeinen Regel aus mehreren gleichartigen Fällen beinahe ganz fremd. Daher wurde denn auch die einzelne zur Sprache gebrachte Versuchshandlung an und für sich betrachtet, für den einzelnen konkreten Fall die Strafe bestimmt. Bei einer solchen durchaus konkreten Rechtsanschauung konnte man nicht dazu gelangen, die Strafe einer als strafbar anerkannten Handlung aus

einer anderen strafbaren Handlung, die aber in concreto gar nicht begangen war, abzuleiten. Dieses wäre nöthig gewesen, wenn die formelle Behandlungsart der Versuchshandlungen mit unseren heutigen Rechtsanschauungen übereinstimmend hätte werden sollen. Da aber ein derartiges Fingiren und Abstrahiren dem älteren deutschen Rechte fremd war, so erklärt sich hieraus, wie ich glaube, vollständig, daß die Versuchshandlungen in den älteren Quellen sich äußerlich als vollendete Verbrechen darstellen.

Aus dem eben Angeführten erklärt sich nun aber auch noch Folgendes. Wir hatten Gelegenheit bei den oben angeführten Quellenstellen darauf hinzuweisen, daß bei der Darstellung der strafbaren Angriffshandlungen auf das angegriffene Recht nicht mit der Bestimmtheit Rücksicht genommen wurde, welche wir heute zur Charakterisirung einer Versuchshandlung verlangen würden. Es ist uns heute zum Zwecke einer Strafbestimmung nicht genügend, nur festzustellen, es habe jemand ein Schwert gezogen, um einen andern überhaupt in irgend einer Weise zu verletzen, sondern wir verlangen noch die Feststellung des einzelnen bestimmten Rechts, welches in dem konkreten Falle der Absicht des Thäters gemäß verletzt werden sollte; es ist uns keineswegs gleichgültig, ob ein bestimmter Angriff auf eine Tödtung oder nur auf eine Verwundung gerichtet war. Wir fragen, welche specielle Absicht hat der Versuchshandlung zu Grunde gelegen, weil wir die Strafbarkeit derselben von der Strafe für das vollendete Verbrechen ableiten. Da nun das ältere deutsche Recht die Versuchshandlung an und für sich betrachtete, so genügte es demselben, nur überhaupt die rechtsverletzende Tendenz des Thäters ganz im Allgemeinen festgestellt zu haben; war nur überhaupt die schädliche Absicht nachgewiesen, so erschien es als etwas Indifferentes, auf welch specielles Recht dieselbe gerichtet war. Das ältere deutsche Recht bestrafte den Angriff selbst; die Verschiedenartigkeit des Angriffes, z. B. des Schwertzückens, des Wegelagerens, des Eingehens

einer verbotenen Verbindung, gab Veranlassung zu einer Verschiedenartigkeit der Bestrafung; wir dagegen schützen durch die Versuchsstrafen das angegriffene Recht und bestimmen die Verschiedenartigkeit der Versuchsstrafen nach der Verschiedenartigkeit des angegriffenen Rechts. — Man wird in das eben Gesagte nicht mehr hineinlegen wollen, als damit gemeint ist. Es kommt mir nur darauf an, die prinzipale Unterscheidung zwischen unserm Versuchsbegriffe und dem des älteren Rechts festzustellen; daß an zweiter Stelle im älteren deutschen Rechte auch das angegriffene Recht mit berücksichtigt worden sei, will ich ebenso wenig in Abrede stellen, wie ich behaupten möchte, daß nicht auch nach heutigem Rechte die Art des Angriffs wenn auch nur von sekundärem Interesse wäre.

Welcher von diesen beiden Anschauungen CCC. art. 178 gehuldigt hat, wird wohl unentschieden bleiben müssen. Die Worte derselben sind jedenfalls so gefaßt, daß die Strafnormirung für die einzelne Versuchshandlung ebensogut von der Art und Beschaffenheit des Angriffes, wie auch von der Natur des verletzten Rechts ausgehen kann. Die vrtheyler, welche über die in concreto zu verhängende Strafe radts pflegen sollten, mochten entscheiden, ob das eine oder das andere dem Rechtsbewußtsein ihrer Zeit entsprechend sei.

Wenden wir uns jetzt zur Bestrafung der Versuchshandlungen, so wird zunächst festzustellen sein, von welchem Interesse für uns überhaupt die vom älteren deutschen Strafrechte für Angriffshandlungen aufgestellten Strafen sein können. Die Frage, in welchem Verhältnisse die Strafe für den verbrecherischen Versuch zu der Strafe für das vollendete Verbrechen stehe, diese Frage dürfen wir nach dem Vorhergehenden den Quellen gegenüber gar nicht aufwerfen. Wir dürfen nur ganz konkret fragen: welche Strafen wurden auf die Angriffshandlungen gesetzt. Und die Beantwortung dieser Frage ist von weitergehendem Interesse als dieses für den

wurden als wirklich eingetretene verbrecherische Rechtsverletzungen; es wird dieses für alle Fälle mit Ausnahme der Wegelagerung zu behaupten sein. Bei diesem Verbrechen konnte es indessen vorkommen, daß die für dasselbe bestimmte Strafe ebenso hart, vielleicht härter war, als die Strafbestimmung für das vollendete Verbrechen gewesen wäre. Nehmen wir beispielsweise an, es hätte einer den andern absichtlich verwundet, so würde nach den Grundsätzen des sächsischen Rechts gewöhnlich eine verstümmelnde Strafe eingetreten sein. Diese verstümmelnde Strafe tritt nun auch ein, auch wenn es bei der durch Wegelagerung manifestirten Absicht geblieben wäre, ja nach dem Verm. Ssp. würde möglicherweise diese Absicht zu verwunden, Todesstrafe bedingt haben, während die Verwundung selbst nur mit einer verstümmelnden Strafe zu ahnden gewesen wäre.

Der Satz: die Versuchshandlungen sind geringer zu strafen als das vollendete Verbrechen, findet sich meines Erachtens weder direkt noch auch indirekt in den norddeutschen Rechtsquellen, welche der CCC. voraufgehen, ausgesprochen. Eine Bestätigung dieses Satzes dürfen wir in denselben auch nicht erwarten. Es sind die Angriffshandlungen selbständige Verbrechen, von denen einige leicht, die andern schwerer zu strafen sind. So ist die Wegelagerung beispielsweise ein schweres Verbrechen, nach der Auffassung des Verm. Ssp. vielleicht ein schwereres Verbrechen als die Verwundung [19]).

Nur das eine dürfen wir behaupten, daß unter den peinlichen Strafen die schwersten Strafarten für wirklich verletzende Handlungen reservirt blieben, daß demzufolge Angriffshandlungen überhaupt nicht in die Zahl der schwersten Verbrechen hineinreichten. Ich glaube indessen nicht, daß es im Geiste der älteren Rechts-

19) Hinsichtlich der für die Wegelagerung ausgesprochenen Todesstrafe ist dasjenige, was oben zu Verm. Ssp. IV. 21. 1 gesagt ist, nicht zu übersehen.

quellen gehandelt wäre, wollten wir an diese Erscheinung den Schluß knüpfen: Folglich bestrafte das ältere deutsche Recht den Versuch geringer als das vollendete Verbrechen.

Möglich wäre es, daß jemand aus den Worten der Gosl. Stat. S. 46. Z. 19: We des bekant dat he sin ghewardet hebbe unde vredebrake an im ghedan welde hebben, dat is en vredebrake — die Ansicht entnehmen möchte, der Versuch sei dem vollendeten Verbrechen gleich gestraft. Für sich allein betrachtet könnte allerdings diese Stelle zu dieser Ansicht verleiten[20]). Im Zusammenhange mit den übrigen Quellenstellen wird man darin aber keinen anderen Sinn entdecken können, als daß derjenige, der einem andern wegelagerte, dadurch einen Friedbruch begangen habe, oder mit andern Worten, daß nach der Auffassung der Gosl. Stat. die Wegelagerung zu den Friedbrüchen gerechnet werde, in ganz ähnlicher Weise wie Verm. Ssp. IV. 6. 8 die Wegelagerung unter den Ungerichten aufführt; übrigens eine Verschiedenartigkeit der Quellen, die im Wesentlichen nur auf dem verschiedenartig gewählten Ausdrucke beruht.

Da oben schon gelegentlich der CCC. art. 178 Erwähnung geschehen ist, so mag hier hinsichtlich der Strafbestimmung dieser Stelle — solcher böser will, darauss etlich werck, als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen, Aber inn eynem fall herter dann inn dem andern angesehen gelegenheit vnd gestalt der sach, darumb sollen solcher straff halben die vrtheyler, wie hernach steht, radts pflegen, wie die an leib oder leben zuthun gebürt — noch folgende Bemerkung Platz finden. Die CCC. will Angriffs- resp. Versuchshandlungen peinlich gestraft wissen. Gegenüber den Bestimmungen des älteren Rechts und aus sonstigen in der Natur der Sache liegenden Gründen werden wir zwar Bedenken tragen, alle und jede

20) Vergl. Göschen a. a. O. S. 296.

Angriffshandlung mit einer peinlichen Strafe durch diese Bestimmung bedroht zu erachten, aber jedenfalls ist der Umfang der durch peinliche Strafe zu ahndenden Angriffshandlungen jetzt ein größerer als dies im älteren deutschen Rechte der Fall war. — Daneben konnten denn noch immer die leichteren Ahndungen, die für Angriffshandlungen hergebracht waren, fortbestehen. Die historische Vergangenheit der CCC. deutet wenigstens nicht darauf hin, daß die CCC. die Bestrafung leichterer Versuchsfälle gänzlich habe ausschließen wollen, wenn sie auch in art. 178 nur die schwereren derselben erwähnt.

In unsern Quellen finden wir die Drohungen erwähnt und es lassen sich für dieselben folgende Grundsätze aufstellen. Die Drohungen sind Handlungen, welche auf eine verbrecherische Willensbestimmung hindeuten. Daher sind gegen den Drohenden Schutzmittel zu ergreifen und wenn nach einer Drohung das angedrohte Verbrechen begangen ist, so bildet die voraufgegangene Drohung ein indicium für die Thäterschaft dessen, der die Drohung ausgesprochen hatte. — Uebrigens werden hinsichtlich der eintretenden Bestrafung die Drohungen als selbständige Delikte betrachtet, welche durch Gewedde- und Bußzahlung zu ahnden sind. — Der Beweis für das eben Ausgesprochene findet sich in folgenden Quellenstellen: Gosl. Stat. S. 46. Z. 21. Bekant en vor gherichte dat he emme ghedrowet hebbe, dar mut he deme richtere umme wedden unde deme klegbere sine bute gheven. Verm. Ssp. IV. 12. 2. . . . unde musz vorborgen, daz her des ane nod vor ome blibe unde mit frede, oder wie es im Billwärder Recht art. 59 ausgedrückt ist: Drouwet we deme anderen to mortbernende, ofte to mordende, den schal men so lange holden, dat he dat wismake, dat na den worden nene werke volgen. Daß die einem Verbrechen voraufgegangene

Drohung als ein indicium dieses Verbrechens aufgefaßt wurde, beweist: Goldberger Recht §. 14 (Gaupp S. 222.) Item si aliquis alteri manifeste minas incendii intulerit. et ille medio tempore forte ab altero exustus fuerit. et de damno recepto eundem qui minas fecit pulsare voluerit. ille innocenciam suam ostenderit septuaginta manibus adhibitis.

Dritter Abschnitt.

Die Theilnahme am Verbrechen[1].

---

§. 14.

Einleitende Bemerkung.

Unsere Quellen unterscheiden sehr deutlich die Thäterschaft (Urheberschaft) und die Theilnahme. Für die Theilnahme wird wieder unterschieden, ob sich dieselbe auf eine Unterstützung der verbrecherischen Thätigkeit selbst bezieht (Theilnahme während der That, Beihülfe), ob die Theilnahme die verbrecherische Thätigkeit hervorruft (Anstiftung), oder ob endlich die Thätigkeit des Theilnehmers erst nach dem beendigten Verbrechen eintritt (Begünstigung). — Hieraus ergiebt sich denn die Disposition der nachfolgenden Darstellung.

---

1) Vergl. Osenbrüggen: Die Theilnahme am Verbrechen nach dem altdeutschen Rechte. In der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 18. S. 82.

Erstes Kapitel.

§. 15.

Die Thäterschaft[2]).

Wird ein verbrecherischer Erfolg nur durch eine Person hervorgebracht, so fällt die Beantwortung der Frage, ob zwischen dieser handelnden Person und diesem rechtsverletzenden Erfolge ein Kausalzusammenhang besteht, mit der anderen zusammen, ob diese Person schuldig sei, die Rechtsverletzung begangen zu haben. Ist in dem angedeuteten Falle die Schuld des Angeklagten erwiesen, so ist damit zugleich auch festgestellt, daß der ganze rechtsverletzende Erfolg auf ihn zurückzuführen ist, da er der einzige ist, der sich bei der verbrecherischen Ausführung thätig erwiesen hat. Schwieriger wird die Sache, sobald sich mehrere Personen bei der Begehung eines Verbrechens betheiligt haben. Hier kann zwar für die einzelnen Angeklagten im Allgemeinen festgestellt sein, daß sie an dem Verbrechen schuldig sind; damit ist denn aber noch nicht gesagt, wie viel von dem verbrecherischen Erfolge jedem Einzelnen zugerechnet werden müsse. Davon aber hängt ja gerade eine gerechte Bestrafung ab, daß man niemandem mehr zurechnet, als er wirklich begangen hat. Wenn wir daher in den Rechtsquellen Vorschriften darüber finden, wie es gehalten werden solle, wenn die Thäterschaft nicht zweifellos ist, so werden wir durch das bloße Vorhandensein derartiger Bestimmungen auf das Bestreben der Quellen hingewiesen, gerechte Strafen festzusetzen; und wird das Streben nach der Realisirung der Idee der Gerechtigkeit dadurch nicht verkleinert werden, daß die Realisirung selbst noch eine un-

---

2) Ueber die verschiedenen in den Quellen vorkommenden Ausdrücke für diesen Begriff vergl. Osenbrüggen a. a. O. S. 83. 84.

vollkommene blieb. — Bekannt ist es, daß die Feststellung der Thäterschaft vorzugsweise bei dem Verbrechen der Tödtung Schwierigkeiten gemacht hat. — Was muß festgestellt sein, damit man behaupten darf, ein tödtlicher Erfolg sei bei dem Vorhandensein mehrerer Theilnehmer gerade diesem oder diesen Angeklagten zuzurechnen, aber keinem der Uebrigen? Diese Frage, die sich bei der Verwundung in ganz ähnlicher Weise wiederholt, hat mancherlei Controversen hervorgerufen, die sich zum großen Theil an CCC. art. 148 anlehnen. Untersuchen wir also zunächst, wie diese Frage in unsern der CCC. voraufgehenden Quellen beantwortet ist, eine Untersuchung, welche dadurch an Interesse gewinnen dürfte, daß mehr noch als bei anderen Bestimmungen gerade bei art. 148 der Einfluß auch der älteren norddeutschen Quellen auf die CCC. nachgewiesen werden kann.

Ich beginne mit folgenden Stellen:

Ssp. III. 46 §. 2. Um ene wunden ne mach man nicht, den enen man beklagen; doch mach man rades unde helpe mer lüde sculdegen.

Gosl. Stat. S. 32. Z. 13. Umme ene wunden beklaghet men enne man; mer lüde mach men sculdighen umme den rat.

Verm. Ssp. IV. 5. 9. Man mag umbe eyne wunden nicht mer beschuldigen wen eynen man, ob wol zcwene in eyne wunde gestochen oder geslaghen hetten; sundern mer luten mag man schult geben umbe fulge.

Diese Stellen sprechen deutlich den Grundsatz aus, daß, falls mehrere Personen sich bei einer Verwundung betheiligt haben, doch nur einer der Theilnehmer als Thäter aufgefaßt werden solle. Für eine Wunde ist auch nur ein Verklagter, dem man die Verwundung schuld geben kann. Die verbrecherische Thätigkeit überhaupt wird für die übrigen Betheiligten nicht geläugnet; man kann dieselben wegen geleisteter Hülfe, wegen ertheilten Rathes, man

kann sie der Folge[3]) beschuldigen, mit einem Worte neben dem Thäter können sich die Theilnehmer in der mannigfaltigsten Art geltend machen — aber für eine Wunde soll nur ein Thäter existiren, selbst wenn zwei Personen in ein und dieselbe Wunde gestochen oder geschlagen hätten.

Als Consequenzen der eben mitgetheilten erscheinen dann folgende Quellenstellen:

Gosl. Stat. S. 32. Z. 10. War en vorwundet wirt, also manich wunde kampördich is, also manich man mot sic selve sevede untsculdighen; de anderen mit ires enes hant.

Lübisches Recht III. art. 210. van blau vnde blode. Blau vnde blot vnde toretene kledere schalmen betren mit LX sz. unde also manich blau vnde blot dar is also mennich mach he beclagen ofte erer heft mer ghewesen.

In diesen beiden Stellen wird auf den Fall Rücksicht genommen, daß mehr als eine Wunde das Resultat eines Angriffes geworden ist. Für die kampfwürdigen Wunden wird bestimmt, daß sich nur soviele selbsieben zu reinigen haben, als kampfwürdige Wunden vorhanden sind; d. h. es dürfen nur so viele Personen durch den Proceß in die Lage versetzt werden, sich selbsieben zu reinigen, oder es dürfen nur so viele Personen als Urheber der kampfwürdigen Wunden beklagt werden, als derartige Wunden überhaupt existiren. Wenn daher auch zwei in ein und dieselbe Wunde, die als kampfwürdige erkannt wurde, geschlagen hätten, nur einer ist Thäter der Kampfwunde, der andere mag sich reinigen durch seinen einfachen Eid, d. h. von diesem Letzteren wird angenommen, er habe dem Verletzten nur eine leichte Wunde beigebracht.

Dasselbe, was Gosl. Stat. für die Kampfwunden bestimmt,

---

3) Ueber die „Folge", eine Art der Theilnahme, wird noch weiter unten gesprochen werden.

wiederholt das Lübische Recht für die leichteren Verwundungen. Die Anzahl der Thäter bestimmt sich nach der Anzahl der blauen und blutigen Stellen am Körper des Geschlagenen. Die Schlußworte der Stelle des Lübischen Rechts — ofte erer heft mer ghewesen — können bedeuten, daß man mehrere Thäter beschuldigen dürfe, falls mehrere Personen geschlagen haben; da sich dieses aber so sehr von selbst verstehen würde, so möchte ich die angeführten Worte lieber in folgender Weise übersetzen: So viel blaue Flecken oder blutige Wunden sich vorfinden, so viele Personen können als Thäter verklagt werden, selbst wenn auch mehr dabei gewesen sein sollten.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß beide Stellen nur das Maximum der möglicherweise gegen verschiedene Personen als Thäter zu richtenden Klagen bestimmen. Es müssen nicht so viel Thäter da sein, als Wunden vorhanden sind — denn einer kann alle Wunden geschlagen haben — aber es können nicht mehr Thäter da sein, als Verwundungen der einen oder anderen Art existiren.

Untersuchen wir die juristische Bedeutung der eben mitgetheilten Bestimmungen, so ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, daß aus denselben nicht gefolgert werden darf, das ältere deutsche Strafrecht habe lediglich das objektive Moment berücksichtigt. Soviel wird zwar allerdings zugegeben werden müssen, daß für die Feststellung der Thäterschaft von dem objektiven Thatbestande ausgegangen ist, daß zunächst die Frage beantwortet wurde: Was ist geschehen? — ehe man zur Beantwortung der weiteren Frage überging: Auf wen ist der schädliche Erfolg zurückzuführen? — Aber das rationellste Strafrecht wird eine andere Methode nicht beobachten können, wie es denn genügend bekannt ist, daß das den subjektiven Standpunkt keineswegs vernachlässigende Römische Strafrecht die Feststellung des objektiven Thatbestandes zur Voraussetzung jedes weiteren strafrechtlichen Verfahrens gemacht hat.

(l. 1 §. 24 S. C. Silan. 29. 5.) Darin also, daß für die Feststellung der Thäterschaft von dem objektiven Thatbestande ausgegangen wird, kann die Unvollkommenheit der erwähnten Bestimmungen nicht gefunden werden. Es zeigt sich in denselben vielmehr das Bestreben, niemandem eine Schuld zuzurechnen, der nicht auch wirklich schuldig ist; und diesem Streben suchte man dadurch Realität zu verschaffen, daß man von der Vermuthung ausging, eine Wunde werde auch nur einen Urheber haben. Erwägt man weiter, daß aus dem möglichen Maximum der Verklagten alle diejenigen fortfallen, die sich von der Anklage reinigen können, daß ferner nicht leicht bei dem Zustandekommen einer und derselben Verwundung mehr als eine Person thätig geworden sein mag; so läßt sich nicht leugnen, daß die getroffenen Bestimmungen, so weit dieselben auf die strafrechtliche Behandlung der Verwundungen beschränkt blieben, meistentheils dasjenige erreicht haben werden, was sie erreichen sollten, nämlich niemanden als Thäter zu bestrafen, der den rechtsverletzenden Erfolg nicht hervorgebracht, und niemanden ungestraft zu lassen, der sich der Thäterschaft schuldig gemacht hatte.

Aber in dem eben Ausgesprochenen liegt auch bereits angedeutet, worin die Unvollkommenheit der obigen Bestimmungen zu suchen ist. Die Frage nämlich, wie viele Personen hinsichtlich einer oder mehrerer Verletzungen als Thäter bezüchtigt werden dürfen, wird nicht frei und unabhängig durch den Beweis beantwortet, sondern es wird der zu führende Beweis durch Präsumtionen und zwar durch Präsumtionen juris et de jure beschränkt. Das ältere Recht begnügt sich nicht damit, auf die Möglichkeit, die Wahrscheinlichkeit hinzuweisen, daß, wo nur eine Verwundung vorliegt, muthmaßlich auch nur ein Thäter vorhanden sein werde; sondern es sagt, für eine Verwundung *soll* nur ein Thäter existiren, es *dürfen* nur so viele Personen als Thäter in Anspruch genommen werden, als Wunden zu zählen sind. Und wenn auch nachgewiesen sein sollte, daß zwei Personen in ein und dieselbe Wunde hinein-

geschlagen haben, die von den Quellen aufgestellte Präsumtion darf dadurch nicht beseitigt werden. Es wird der Präsumtion, nicht der objektiven Wahrheit gemäß entschieden.

Darin finde ich den Fehler, die Unvollkommenheit des älteren Strafrechts. Die Zweifel, die hinsichtlich der Feststellung der Thäterschaft entstehen mochten, werden nicht durch eine sorgfältige Beweisführung gelöst, sondern durch eine praesumtio juris et de jure zerhauen. — Bei Verwundungen mochte, wie erwähnt, diese Methode weder zu häufigen, noch zu erheblichen Mißständen in der Praxis führen. Der Fehler mußte sich aber sofort zeigen, sobald man den für die Verwundungen ausgesprochenen Grundsatz auf andere Verbrechen, namentlich die Tödtung übertragen wollte. — Consequent hätte man auch hier sagen müssen: es sind nur so viel Urheber zu bestrafen, als Tödtungen vorliegen; für eine Tödtung kann und darf nur ein Urheber angenommen werden. Aus dieser Consequenz mußten sich aber sehr erhebliche praktische Mißstände ergeben. — Doch ehe darauf eingegangen werden kann, wie dieselben beseitigt wurden, ist zunächst noch das Quellenmaterial für die zu behandelnde Lehre zu vermehren.

Hamburger Recht 1270 XII. 3. Wor en man in desser stat dot geslagen wert. Wert bynnen desseme wicbelde en dot geslagen, alle de dar mede syn, scholen dat beteren mit eres sulues lyue na stadrechte, de des mit rechte vorwunnen werdet.

Mer eyne wunden mach men mer eneme manne geuen. Vnde also mennige wunden alse de man heuet, also mennigen mach men dar to spreken: vnde ok also menich blawe, also menigen man vnde nenen mer. Men de anderen mach men wol schuldegen vmme slage (1292 P. 3. 1497. O. 6.).

Hamburger Recht 1497. O. 7. Wert eyn doet gheslaghen van mer luden de alle hantdadich syn, vnde men kan nycht vnderscheden we ein den doet gewracht heft: se moten

alle den mord beteren. Mach men auerst vnderscheden, we den doet ghedan vnde ghewracht heft, de schal dar vmme lyden; vnde iewelyck der anderen mot beteren slachtinge efte wundinge van eme begangen. Weren se ock alle nicht hantdadich, unde me kan nycht to der warheit kamen we de hantdadyge sy: se blyuen alle vngheuaret.

Hinsichtlich der Verwundungen ist hier im Hamburger Recht derselbe Grundsatz wiederholt, der schon oben für Ssp. Verm. Ssp. Gosl. Stat. und Lübisches Recht ausgeführt wurde. Es wäre hier höchstens nothwendig, mit Bezug auf die Schlußworte des Hamburger Rechts 1270 XII. 3 — Men de anderen mach men wol schuldegen vmme slage — eine erläuternde Bemerkung hinzuzufügen. Veranlaßt wird dieselbe durch einen Ausspruch Trummer's[4]), der wenn nichts weiter, so wenigstens das beweist, daß diese Worte falsch verstanden werden können. — Trummer sagt, nachdem er den Grundsatz: „So viel Wunden, so viel Schuldige" angeführt, Folgendes: „Um aber die übrigen Anwesenden nicht leer ausgehen zu lassen, wird, sowohl für den Fall der Verwundungen als für den der blutrünstigen Stellen, hinzugesetzt: men de anderen mach men wol schuldegen vmme slage. — Hier wird also nicht einmal mehr Rücksicht genommen auf erkennbare Spuren der Thäterschaft, sondern ohne Weiteres gilt die bloße Anwesenheit für genügend, um Jemanden wegen Schlägen zu bestrafen, die gar keine sichtliche Zeichen nachgelassen haben, sondern fingirt werden." Der Fehler in dieser Darstellung liegt sehr einfach darin, daß die Worte — mach men wol — nicht bedeuten „man soll", sondern „man kann". Das heißt also: Wegen solcher Delikte, die sichtbare Spuren hinterlassen, sollen höchstens so viele Personen als Thäter angegangen werden, als sichtbare Verletzungen vorhanden sind. Dies schließt natürlich

4) a. a. O. S. 417.

nicht aus, daß nicht andere Personen dem Geschlagenen noch Verletzungen beigebracht haben, welche sichtbare Spuren nicht hinterlassen, wie dieses bei den Schlägen der Fall ist. Diese Schläge — wenn sie beigebracht wurden — können noch anderen Personen zugerechnet werden; von irgend welcher Fiktion ist dabei nicht im Entferntesten die Rede. Wenn bei einer Schlägerei der Verletzte drei Wunden davon trug, so sind auch nur höchstens drei Thäter für diese Verwundungen anzunehmen. Außerdem mögen hunderte von Menschen bei der Schlägerei zugegen gewesen sein; wegen ihrer bloßen Anwesenheit werden sie nicht gestraft, wegen Verwundungen können sie nicht weiter belangt werden, aber es ist noch die Möglichkeit da, daß sie solcher Verletzungen wegen verklagt werden, welche keine sichtbaren Spuren hinterlassen und daß sie auch wegen derartiger Verletzungen verurtheilt werden, wenn ihre Thäterschaft erwiesen sein sollte.

Interessanter, als die eben erwähnten, sind aber die Bestimmungen hinsichtlich der Thäterschaft bei Tödtungen. — Gehen wir von der im Hamburger Recht 1497 O. 7 enthaltenen Vorschrift aus.

Für die Erklärung dieser Stelle ist zunächst auf den Ausdruck hantdadich aufmerksam zu machen. Obwohl nämlich mit dem Worte „hanthaft" und „hanthafte That' etymologisch jedenfalls sehr nahe verwandt, hat doch dieses hantdadich des Hamburger Rechts mit der „hanthaften That" außer der erwähnten etymologischen keine weitere Verwandtschaft zu beanspruchen. Es charakterisirt nämlich das Wort hantdadich die Person des Thäters gegenüber den Theilnehmern[5]); es präcisirt das handelnde Subjekt, nicht aber die Handlung selbst. Wenn also die zu erklärende Stelle mit den Worten beginnt: Wert eyn doet gheslagen van mer luden de alle hantdadich syn — so heißt dies: Wenn Jemand getödtet wird von mehreren

5) Vergl. Osenbrüggen a. a. O. S. 84 und die dort citirten.

Personen, von denen jede als Thäter aufzufassen ist. — Die Thäterschaft charakterisirt sich aber dadurch, daß man die Veranlassung zu irgend einem rechtsverletzenden Erfolge geboten hat, daß zwischen diesem Erfolge und dieser Person ein unmittelbarer Causalzusammenhang stattfindet. — Demzufolge würde man die so eben erwähnten Worte auch in folgender Weise wiedergeben dürfen: Wenn Jemand durch mehrere Personen getödtet wird, von denen jede die vollständige Todesursache (beispielsweise eine absolut tödtliche Wunde) geboten hat, und men kan nycht vnderscheden we em den doet gewracht heft: se moten alle den mord beteren. — Diese Bestimmung kann uns einen Augenblick bedenklich machen. Voraussetzung ist: jede Person hat selbständig für sich die Todesursache dargeboten, und doch soll ein Zweifel darüber entstehen, wer die Tödtung veranlaßt hat!? Dieser Widerspruch in der Wortfassung der Stelle dürfte in folgender Weise beseitigt werden können. Wenn auch mehrere Personen jede für sich eine vollständige Todesursache dargeboten haben, so kann doch nichtsdestoweniger die eine Ursache eine schnellere Wirkung äußern als die andere, wodurch denn die letztere mit Bezug auf diesen Erfolg als wirkungslos hingestellt wird. Man erinnere sich an ein Schulbeispiel. A verletzt den B und zwar ist die dem B beigebrachte Wunde absolut tödtlich. Ehe indessen B an der empfangenen Wunde stirbt, erhält er von X einen augenblicklich tödtenden Schuß. In diesem Falle sind, um mit dem Hamburger Recht zu reden, A und X beide hantdadich und zwar kann man ganz wohl unterscheiden we em den doet gewracht heft. — Hätte dagegen — um auf das angeführte Beispiel zurückzukommen — X statt der augenblicklich tödtenden Schußwunde dem A nur eine allerdings tödtliche aber nicht augenblicklich tödtende Wunde beigebracht, so ist zwar anzunehmen, daß die eine Wunde eine schnellere Wirksamkeit geäußert haben werde als die andere, daß auch nur eine Wunde als die eigentliche Todesursache zu betrachten ist; aber in diesem

Falle würde man nicht unterscheiden können, we em den doet gewracht heft — und unter dieser Voraussetzung sollen beide Angeklagte für die Tödtung büßen. — Der Ausdruck — den mord beteren — ist nicht so aufzufassen, daß man hier an Mord in der technischen Bedeutung des Wortes zu denken hätte, sondern es ist dieses Wort, wie sonst auch häufig in den Quellen geschieht, für beabsichtigte Tödtung überhaupt gebraucht und es ist dieses um so eher anzunehmen, als bei dem homicidium in turba commissum zwar die Möglichkeit des Mordes keineswegs ausgeschlossen ist, doch aber die Fälle des Todtschlages entschieden häufiger vorkommen. — Also der Sinn des ersten Abschnittes der angeführten Stelle ist der: Wird jemand von mehreren Personen in der Weise getödtet, daß jeder der Urheber dem Getödteten eine an sich tödtliche Verletzung beigebracht hat und man kann nicht unterscheiden, welche Verletzung die nächste Todesursache enthielt (oder man kann nicht feststellen, wer diejenige Verletzung bewirkt hat, welche augenblicklich den Tod herbeiführte), so werden sämmtliche Urheber mit dem Tode bestraft. — Daran schließt sich denn die weitere Bestimmung: Mach men auerst vnderscheden, we den doet ghedan vnde ghewracht heft, de schal darvmme lyden; vnde iewelyck der anderen mot beteren slachtinge efte wundinge van eme begangen. Nach dem vorhin Gesagten kann die Erklärung dieser Worte keine Schwierigkeiten machen. Weiß man, welche Verletzung den Tod zur unmittelbaren Folge hatte, ist man ferner im Stande, diese Verletzung auf eine bestimmte Person zurückzuführen, so ist diese Wunde als Ursache des Todes, dieser Thäter als Mörder zu bestrafen. Denn nur seine Thätigkeit hat den tödtlichen Erfolg veranlaßt; was sonst noch geschehen ist, kann in diesem Falle nicht als Todesursache aufgefaßt werden. Die Verwundungen der übrigen Personen sind nicht mehr tödtliche Verwundungen, sondern nur noch Verwundungen überhaupt, daher denn auch die Urheber derselben nicht wegen Tödtung, sondern

nur wegen Verwundung in Anspruch genommen werden können. Der Schluß der Stelle — Weren se ock, alle nicht hantdadich, vnde me kan nycht to der warheit kamen we de hantdadyge sy: se blyuen alle vngheuaret — enthält denselben scheinbaren Widerspruch, wie der Anfang; aber es ist derselbe hier in ähnlicher Weise wie dort zu beseitigen. Die Worte — weren se ock alle nicht hantdadich — können nach dem Voraufgegangenen kaum etwas anderes bedeuten, als daß keine der an der Tödtung betheiligten Personen dem Angegriffenen eine absolut tödtliche Verletzung beigebracht hat. Da nun aber der eingetretene Tod als Voraussetzung auch für diese Schlußbestimmung supplirt werden muß, so kann das Verhältniß nicht anders als so gedacht werden, daß, obwohl keine der Verletzungen für sich allein den Tod zu bewirken geeignet gewesen wäre, so doch alle in ihrer Gesammtwirkung diesen Erfolg herbeigeführt haben. In diesem Falle ist zwar mit Bezug auf jede einzelne Verletzung keiner der Thäter als hantdadich anzusehen. Aber es kommt in diesem Falle eben auf das mehr oder minder der einzelnen Verletzungen an. Bei vier leichteren Verwundungen hätte der Angegriffene möglicherweise noch auffkommen können. Dadurch aber, daß er noch eine fünfte an sich ebenfalls nicht tödtliche Verletzung erhält, wird dieses unmöglich. Derjenige nun, der diese fünfte Verletzung bewirkte, würde die eigentliche Todesursache dargeboten haben, es ist derjenige, der in der eben angeführten Schlußbestimmung der hantdadyge genannt ist. Wäre es nun möglich, durch Beweis festzustellen, wer diese letzte unter den vorliegenden Umständen tödtliche Verletzung bewirkte, so würde dieser als Mörder resp. Todtschläger zu strafen sein; die übrigen haften für die von ihnen beigebrachten Verwundungen. Aber freilich wird dieser Beweis nur in den seltensten Fällen zu führen sein, und da es ungerecht wäre, irgend einem beliebigen Thäter gerade den schlimmsten Erfolg zuzuschreiben, so bleiben sie alle ungheuaret, was nach dem Zusammenhange der ganzen Stelle nichts

weiter bedeuten kann, als daß sie alle von der Strafe der Tödtung befreit bleiben, während die durch Verwundung bewirkte Strafe keineswegs ausgeschlossen wird.

Wir sehen aus den Bestimmungen der eben erläuterten Stelle, mit welcher Sorgfalt das Hamburger Recht Grundsätze aufzustellen bemüht gewesen ist, um in Fällen zweifelhafter Thäterschaft ungerechte Entscheidungen zu verhindern. Vergleichen wir aber mit dieser Stelle die ebenfalls mitgetheilte des Hamburger Rechts 1270 XII. 3. Am Anfange wird dort bestimmt, daß wenn jemand getödtet wird, alle de dar mede syn, mit dem Leben gestraft werden sollen. — Wenn wir nun auch diese Stelle keineswegs so auffassen dürfen, wie dieses von Trummer[6]) geschehen ist, welcher den Worten — alle de dar mede syn, scholen dat beteren mit eres sulues lyue — die Bedeutung unterlegt, daß alle, welche bei der Tödtung gegenwärtig gewesen, blos wegen ihrer Gegenwart an der Stätte des Verbrechens mit dem Tode gestraft werden sollen — aus welcher Anschauung dann die wunderlichsten Consequenzen für die Auffassung des älteren deutschen Strafrechts überhaupt gezogen werden — so kann es doch auf den ersten Blick erscheinen, als ob die Entscheidung dieser Stelle, welche schlechtweg alle Thäter mit dem Leben büßen läßt, im Widerspruche mit den Bestimmungen von 1497 O. 7. steht. — Freilich ließe sich gleich von vornherein zur Beseitigung dieses Widerspruches der Umstand anführen, daß die eine Stelle bereits dem Statut von 1270 angehört, während die andere erst in dem von 1497 auftritt. Aber die Stelle des Statuts von 1270 XII. 3. wird 1497 O. 6. wiederholt und wenn auch nicht gerade die Möglichkeit zu leugnen ist, daß die nur wiederholte ältere Bestimmung durch die im Statut von 1497 neu auftretende außer Kraft gesetzt sein kann, so läßt doch diese Vermuthung manche Zweifel übrig; daher auf diese Er-

6) a. a. O. S. 115. 416.

klärungsweise nur einzugehen sein würde, wenn ein anderer Weg, beide Stellen mit einander zu vereinigen, nicht aufgefunden werden könnte. Dieses dürfte aber der Fall sein. Betrachten wir nämlich die Stelle des Statuts von 1270 genauer, so kann es uns nicht entgehen, daß auch die Worte — de des mit rechte vorwunnen werdet — ihre Bedeutung haben. Denn ihnen gegenüber müssen wir die Frage aufwerfen: Was soll bewiesen werden? — Blos der Umstand, daß jemand dabei gewesen ist? — Das ist unmöglich anzunehmen, da die Todesstrafe nicht für das Gegenwärtigsein bei dem Todtschlage ausgesprochen sein kann. Es haben also die angeführten Worte den Sinn, daß der zum Tode zu Verurtheilende nicht blos bei dem Todtschlage, sondern daß er als Todtschläger gegenwärtig gewesen sein müsse. Mithin muß der Beweis herausstellen, daß jemand durch seine Thätigkeit eine Todesursache dargeboten habe, daß er als Thäter des begangenen Verbrechens anzusehen sei. Nur unter dieser Voraussetzung trifft den — de dar mede is — die Todesstrafe. Nach dieser Auffassung würde denn Hamburger Recht 1270 XII. 3. — resp. 1497. O. 6. — denselben Inhalt haben wie die erste Bestimmung von 1397. O. 7. Diese letztere Stelle hatte dann die Aufgabe, eine weitere Casuistik für solche Verhältnisse zu geben, die in den früheren Statuten eine Berücksichtigung noch nicht erfahren hatten; dasjenige, was früher schon bestimmt war, wurde gewissermaßen als Ausgangspunkt für die weiteren Vorschriften benutzt. Daß man aber das Statut von 1270 XII. 3. überhaupt noch im Jahre 1497 wiederholte, lag daran, daß dasselbe nicht blos Bestimmungen für die Thäterschaft bei Tödtungen, sondern auch für die bei Verwundungen enthielt, welche letztere zu verlassen oder abzuändern kein Grund vorhanden war. — Freilich will ich nicht behaupten, daß die so eben dargelegte Auffassung die einzig mögliche ist. Es wäre nämlich auch denkbar, daß 1497 O. 7 jede der handelnden Personen als selbständig handelnde gedacht hätte, daß mit einem

Worte in dieser Stelle nur von dem Verhältniß der Miturheberschaft gesprochen wäre. 1270 XII. 3 und 1497 O. 6. können dagegen von dem Verhältniß der Beihülfe gehandelt haben. Diesem gemäß würde die Bestimmung getroffen sein, daß alle Gehülfen dem Urheber gleich zu bestrafen seien, eine Bestimmung, welche, wie weiter unten noch gezeigt werden wird, regelmäßig für die Bestrafung der Beihülfe getroffen wird. — Mag man nun die eine oder die andere Erklärungsart wählen, die 1270 XII. 3. getroffene Bestimmung paßt auf beide und in dem einen wie in dem anderen Falle ist nicht der geringste Widerspruch mit 1497 O. 7. zu entdecken.

Halten wir das Resultat fest, welches bisher gewonnen ist. Hinsichtlich der Verwundungen wird für die Feststellung der Thäterschaft bestimmt, daß höchstens so viel Urheber anzunehmen sind, als Wunden gefunden werden können. Dieser Grundsatz konnte in analoger Weise auf das Verbrechen der Tödtung nicht übertragen werden. Es war nicht möglich, die Zahl der Urheber eines Todtschlages nach der Zahl der getödteten Personen zu bestimmen; aber ebenso unzulässig wäre es gewesen, jeden, der dem Getödteten irgend eine Verletzung beigebracht hatte, als Urheber der Tödtung zu strafen. Es werden daher Detailbestimmungen getroffen, welche in zweifelhaften Fällen eine möglichst gerechte Feststellung der Thäterschaft ermöglichen. Daß das Hamburger Recht in diesen Bestrebungen nicht vereinzelt dasteht, mag durch die nachfolgenden Quellenzeugnisse dargethan werden.

Magdeburger Fragen III. 1. 11. Ob ein Man erschlagen würde von mehr leuten, vnd der fridbrecher zween oder mehr begriffen würden in handthafftiger that, ob man die alle Richten mög, oder ob man nicht mehr denn einen Man darumb verderben mög, oder was recht sey. Hierauff sprechen wir für Recht, Würdt ein Man gemordet von zweien oder dreien oder mehr leuten, und der todt mördtlicher wunden so viel hett, davon er vom leben zum

tode bracht were, unnd würden der fridbrecher zween oder mehr begriffen, auff flüchtigem fuß für Gericht bracht in handthafftiger that, vber die soll der Richter richten, Doch das sie nach Schöpffen vrteilen werden oberwunden mit Recht —.

Es ist an dieser Stelle recht deutlich zu erkennen, wie die für Verwundungen gegebene Regel zur Feststellung der Thäterschaft auch bei dem Verbrechen der Tödtung noch nachwirkt. Es liegt nur eine Tödtung vor. Mit Bezug darauf wird gefragt, ob wegen einer Tödtung nur einer, oder ob auch mehrere in Anspruch genommen werden dürfen. Die Frage erklärt sich leicht daraus, daß bei einer Verwundung nur einer als Thäter, die übrigen möglicherweise als Theilnehmer anzuklagen waren. Daher kann sich auch die hier aufgeworfene Frage nur auf die Thäterschaft, nicht aber auf die Theilnahme beziehen. Die Entscheidung wird nun dahin getroffen, daß möglicherweise soviel Personen als Thäter verklagt werden dürfen, als der Getödtete „mördtliche wunden" hat. Als Ursacher des Todes soll also nur derjenige angesehen werden, welcher eine „mördtliche", d. h. eine absolut letale Wunde geschlagen hat. Es wird also die Entscheidung hinsichtlich der Urheberschaft der Tödtung reducirt auf den Grundsatz, welcher für Feststellung der Verwundung allgemein anerkannt war. So viele Verwundungen, so viele Thäter; so viele todtbringende Verwundungen, so viele Todesursachen. — Die Theilnahme am Verbrechen kann außerdem noch auf beliebig viele Personen erstreckt werden.

In einer anderen Beziehung wird noch die Frage nach der Thäterschaft aufgeworfen in dem Anhang zu den Magdeb. Fragen (Zobel Bl. 550 S. 2 al. 3). Wenn viel leut einen man todtschlagen, also, das nicht erscheinet, von weß schlegen er gestörben, so ledigen sie sich alle mit einem vollen wehrgelt, deß todtschlags halben, daraus denn fleust, das das wehrgeldt für das Interesse, das ist, für die schaden, die den freunden des ermordten oder

verlembden, des mordts oder verlemniß halben zugewachſen, und nicht als ein ſtraffe oder pein were, ohne das müſte ein jeder unter den todtſchlagern ein wehrgeldt geben —

Alſo mehrere Perſonen ſchlagen einen todt. Dieſe mehreren Perſonen werden als Todtſchläger bezeichnet. Wir dürfen aus dieſem Umſtande ſchließen — da in ſehr vielen Fällen die Thäterſchaft nach dem begangenen Verbrechen benannt wird[7]) — daß diejenigen Perſonen, von denen hier überhaupt die Rede iſt, als Thäter angeſehen werden. Es liegt nun nur ein Todtſchlag vor; mehrere Thäter dieſes Verbrechens ſind vorhanden. Die Thätigkeit eines jeden unter ihnen hat eine genügende Todesurſache herbeigeführt (vergl. die oben mitgetheilte Stelle der Magdeb. Fragen III. 1. 11.) und man weiß nur nicht, welche der an ſich vollkommen genügenden Todesurſachen in dieſem konkreten Falle als Todesurſache anzuſehen iſt, man weiß nicht, um die Worte der CCC. art. 148 zu benutzen — von welcher sonderlichen handt vnd thatt er gestorben wer —; unter dieſen Umſtänden ſollen alle Thäter gemeinſchaftlich ein Wehrgeld zahlen. Obwohl in dieſer Stelle über die Beſtrafung nichts geſagt iſt, ſo iſt dieſelbe doch deswegen intereſſant, weil wir aus ihr erkennen, daß ſchon vor der CCC. der Umſtand zur rechtlichen Erwägung gezogen worden iſt, daß mehrere Perſonen hinſichtlich einer Tödtung als Urſacher angeſehen wurden, ohne daß man wußte, welche unter den mehreren Verwundungen in dieſem Falle den Tod herbeigeführt hatte.

Sehen wir weiter ein Leipziger Schöffenurtheil (bei Zobel Bl. 558). Wenn ihr viel einen erſchlagen. — Hat ſich bey euch in einem Schenckhauſe ein auffruhr vnnd ſchlahen erhoben, dadurch einer darunter vom leben zum tode kommen, vnd theter vnnd folger ſein derhalben vom Gericht peinlich angenommen, Wo denn einer unter den gefangen bekandt, das er dem ver-

---

7) Vergl. Oſenbrüggen a. a. O. S. 81.

storben ein wunden in seinen kopff gehauwen, daruon er hirnwundt geworden, also, das offentlich und gewis were, das der verwundte von solcher wunden verstorben, unnd die andern bekenten, das sie auff den ermordten geworffen vnd geschlagen hetten, also das nicht gewis wer, das der ermordte von ihrem werffen und schlahen gestorben, so möchten dieselbigen folger umb solch jhr zu werffen und schlahen nicht zum tode gericht noch gestrafft werden, sondern ein jeglicher würde peinlich umb die forder handt, oder umb eine geldtbusse, so man die sach wolt bürglich werden lassen, gestrafft und gebüsset. Wo es aber offenbar oder gewis were, das sie alle vorhin handlung gehabt, und mit dem ermordten auffruhr gemacht und auff jhn geschlagen und geworffen, also das sie willen und fürsatz gehabt hetten, jhn todt zu schlahen und zu ermorden, so möchte man sie alle umb solchen mordt zum tode richten, und peinlich straffen lassen, von Rechts wegen.

Für die Erklärung dieser Stelle ist es zweckmäßig, von dem letzten Abschnitte auszugehen: Wo es aber offenbar — von Rechts wegen.

Dieser Abschnitt bespricht den Fall, daß mehrere Personen sich zur Ermordung einer anderen verbunden haben, mit einem Wort den Fall des Complottes. Hier wird nicht weiter untersucht, wie viel Erfolg die Thätigkeit des Einzelnen gehabt hat, sondern die Thatsache des Complotts ist genügend, um jeden der Complottanten zum Tode zu verurtheilen. — Davon verschieden ist der Fall, daß mehrere Personen zufällig bei einer Prügelei zusammen gewesen sind, welche für einen der Anwesenden den Tod zur Folge gehabt hat. — Die mitgetheilte Stelle erwähnt hier nur diejenige Lage der Sache, in welcher es möglich geworden ist, den Urheber des Todes, denjenigen, der beispielsweise die Hirnwunde geschlagen hat, festzustellen. Daß für diesen die Todesstrafe zu bestimmen sei, muß mit Rücksicht auf die vorher angeführten Stellen als selbstverständlich angenommen werden; es folgt dieses auch für die

vorliegende Stelle wenigstens mittelbar aus der Bestimmung, daß die „Folger“ nicht zum Tode gestraft werden sollen. Wir ersehen hieraus, daß in dem Falle der zufälligen Miturheberschaft nur derjenige als Thäter gestraft wird, welcher die tödtliche Verletzung beibrachte. Die übrigen werden als „Folger“ für dasjenige verantwortlich gemacht, was durch ihre Thätigkeit entstanden ist; sie werden für die von ihnen geschlagenen Wunden bald peinlich mit Abhauen der Hand, bald nur bürgerlich durch Auferlegung einer Bußzahlung gestraft.

Stellen wir nun noch übersichtlich die Regeln zusammen, welche aus dem vorhergehenden Material zur Feststellung der Thäterschaft bei einer von mehreren Personen bewirkten Tödtung zu entnehmen sind, so finden wir folgende:

I. Es hat ein Complott zur Tödtung eines Menschen stattgefunden. In diesem Falle kommt es gar nicht darauf an, wie viel oder wenig die einzelnen Complottanten bei der Ausführung des Verbrechens gethan haben, sondern es werden alle als Mörder mit dem Tode gestraft. (Leipziger Schöffenspr. Bl. 558 al. 2 a. E. Auch Hamburger Recht 1270 XII. 3. al. 1. würde hier angeführt werden können.)

II. Es findet zufällige Miturheberschaft statt. Hier sind folgende einzelne Fälle zu unterscheiden:

1) An dem Getödteten wird eine todtbringende Verletzung gefunden. Der Urheber derselben ist mit dem Tode zu strafen, die übrigen nur wegen Verwundungen, wenn sich solche an dem Getödteten finden. (Leipziger Schöffenurtheile Bl. 558. Hamburger Recht 1497 O. 7. in der Mitte.)

2) An dem Getödteten werden mehrere todtbringende Verletzungen gefunden. In diesem Falle können so viele Personen als Todtschläger mit dem Tode gestraft werden, als todtbringende Verletzungen vorhanden sind, vorausgesetzt, daß je-

dem einzelnen nachgewiesen werde, er habe eine der tödtlichen Wunden geschlagen. Ob aber in diesem Falle die eine oder die andere der an sich tödtlichen Wunden den Tod zuerst bewirkte, darauf soll nichts ankommen, so daß es also auch gleichgültig ist, wenn A, B, C, D die an sich tödtlichen Wunden a, b, c, d geschlagen haben, ob A oder B oder D die Wunde a oder eine andere geschlagen hat, wenn sich nur feststellen läßt, daß beispielsweise A überhaupt eine der Wunden a, b, c, d bewirkte. (Hamburger Recht 1497 O. 7. am Anfange.) Hinsichtlich der übrigen Thäter muß hier dasselbe gelten, was schon unter II. 1. angeführt wurde.

3) An dem Getödteten finden sich nur solche Verletzungen, von denen für sich allein keine den Tod bewirkt haben würde, die vielmehr erst durch ihr Zusammenwirken diesen Erfolg herbeiführten. In diesem Falle sollen überhaupt nur Verwundungen als vorliegend erachtet werden; es erleidet von den mehreren Mitthätern keiner die Todesstrafe. (Hamburger Recht 1497. O. 7.)

Daß die Verwandtschaft dieser Bestimmungen mit denen der CCC. art. 148 eine sehr nahe ist, leuchtet auf den ersten Blick ein. Mag es gestattet sein, auf diesen Artikel selbst einzugehen, um festzustellen, was in demselben Wiederholung des älteren Rechts ist und was etwa eine Abweichung gegen dasselbe enthält. Die Ueberschrift lautet: Straff der jhenen so eynander inn morden, schlahen vnnd rumoren fürsetzlich oder unfürsetzlich beistandt thun. Was das Wort beistandt zu bedeuten hat, wird der art. selbst ergeben. Dieser lautet: Item so etlich personen mit fürgesetztem vnd vereynigtem willen vnd mut jemandt bösslich zu ermorden einander hilff vnd beistandt thun, die selben thätter alle haben das leben verwirckt. Diese Worte enthalten lediglich eine Bestätigung der unter I.) angeführten Regel. — So aber etlich person vngeschichts inn einem schlagen oder gefecht, beyeinander weren, eynander helffen, vnnd jemand

also on gnugsam vrsach erschlagen würde, So man dann den rechten thätter weiss, von des hand die entleibung geschehen ist, der soll als eyn todtschleger mit dem schwert zum todt gestraft werden. — Im Allgemeinen umfassen diese Worte den oben unter II. 1.) erwähnten Fall. Besonders zu bemerken ist, daß auf die übrigen Personen, welche eine tödtliche Verletzung nicht beigebracht haben, hier nicht eingegangen wird, daß weiter die in den früheren Quellen nur allgemein ausgesprochene Todesstrafe ganz bestimmt als Schwertstrafe arbitrirt ist. — Beiläufig kann noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß ebenso wie im älteren Rechte die Todesstrafe nur ausgesprochen wurde, wenn dem Thäter die tödtliche Verletzung nachgewiesen war, so auch die CCC. diese Bestimmung durch die Worte — so man dann den rechten thätter weiss — wiederholt hat[8]). — Wer aber der entleibt, durch mer dann eynen die man wüst geuerlicher weiss tödtlich geschlagen, geworffen oder gewundt worden vnnd man kündt nit beweisslich machen, von welcher sonderlichen handt vnd thatt er gestorben wer, So sein die selben, so die verletzung wie obsteht gethan haben, alle als todtschläger vorgemelter massen, zum todt zu straffen. — Es ist dies eine Wiederholung der oben unter II. 2.) mitgetheilten Bestimmung mit der einzigen Modifikation, daß eine Vorschrift hinsichtlich derjenigen Thäter, die zwar auch den Getödteten verwundeten, aber nicht tödtlich verwundeten, nicht getroffen worden ist. — Aber der ander beistender, helffer vnd vrsacher straff halber, von welchs handt obbestimter massen der entleibt nit tödtlich verletzt worden ist, auch so eyner in eyner auffrur oder schlagen entleibt würd, vnd man mocht keynen wissen davon er als vorsteht verletzt worden wer, Sollen die vrtheyler bei den

---

8) Der »thätter von des hand die entleibung geschehen ist« ist derselbe, welcher im Hamburger Recht als der hantdadige bezeichnet ist.

rechtuerstendigen vnd an enden und orten, wie hernach gemelt wirdet, radts pflegen, mit eröffnung aller vmbstende vnd gelegenheyt solcher sachen, souil sie erfarn künden, wann inn solchen fellen nach ermessigung mancherley vmbstende, das nit alles zu schreiben vnderschiedlich zu vrtheylen ist. — Dieser Schlußsatz enthält mehrere Bestimmungen. Sehen wir zunächst von den Theilnehmern (beistender und helffer) ab und bleiben wir bei dem stehen, was für die Thäter (vrsacher) bestimmt ist, so werden hier drei Fälle behandelt: 1) Der Getödtete hatte außer den tödtlichen Wunden noch andere nicht tödtliche. Die Ursacher dieser letzteren Wunden sind in dieser Schlußbestimmung erwähnt. 2) Der Getödtete ist nur in Folge des Zusammentreffens mehrerer Verletzungen gestorben, von denen aber an und für sich keine tödtlich ist. 3) Die tödtliche Verletzung liegt zwar vor, aber der Urheber derselben kann nicht festgestellt werden, so daß die Thäterschaft nur für die nicht tödtlichen Verletzungen erwiesen ist. Nach den Grundsätzen des älteren Rechtes würde in all diesen Fällen nur wegen Verwundungen gestraft worden sein. (Vergl. das oben Angeführte und namentlich das unter II. 3. Gesagte). In diesem Punkte weicht die CCC. von dem älteren Rechte ab, und in dieser Abweichung ist ein Fortschritt gegenüber dem älteren Rechte zu bemerken. Es ist zwar richtig, wenn man sagt: hat jemand einen andern verwundet, so ist er wegen einer Verwundung zu strafen und zwar wird die Strafe ebenso verschiedenartig sein, wie die Verwundung es war, Todesstrafe für die tödtliche Verwundung, für andere je nach der Schwere derselben bald verstümmelnde Strafen, bald auch nur Bußzahlungen. — Derartige Bestimmungen genügen, wenn es auf die Bestrafung eines Thäters ankommt. Handeln aber mehrere gemeinschaftlich, so ist es allerdings das Einfachste, die Thätigkeit jedes Einzelnen als selbständig für sich dastehend zu betrachten. Jede der handelnden Personen ist Urheber, Thäter, die Handlung jeder einzelnen

Person hat den Grund der Bestrafung nur in sich selbst. Für manche Fälle mag auch diese dem Begriffe der Urheberschaft entsprechende Methode der Bestrafung genügen — und die CCC. läßt ja auch die Möglichkeit einer nach den Grundsätzen des älteren Rechtes zu arbitrirenden Strafe offen — in anderen dagegen muß dasselbe zu Inconvenienzen führen und zwar aus folgendem Grunde. Es ist eben etwas anderes, ob ich für mich allein handele oder ob ich in der Gesellschaft, im Vereine mit anderen Personen thätig werde. In diesem letzteren Umstande liegt gerade der Grund, daß die Handlung des Einzelnen durch die Mitwirkung der anderen Personen einen ganz anderen Charakter gewinnt. — Ich sage ausdrücklich einen anderen Charakter; denn bei der Verschiedenartigkeit des möglichen Erfolges dürfen wir nicht stehen bleiben, sondern wir müssen auch noch berücksichtigen, daß der Handelnde es sich bewußt werden mußte, wie er unter Umständen thätig wurde, die seiner Kraft eine ganz andere Bedeutung gewähren, als wenn dieselbe für sich allein wirksam geworden wäre. Dieses Moment, welches auf die Erhöhung der Schuld des einzelnen Thäters in vielen Fällen von dem wesentlichsten Einfluß ist, mußte nach den Bestimmungen des älteren Rechts unberücksichtigt bleiben; — am eklatantesten tritt dieses bei dem oben unter II. 3. angeführten Falle ein, wo, obwohl ein Todtschlag stattgefunden hat, dennoch nicht Todtschlag sondern Verwundungen gestraft werden. — Die CCC. eröffnete der Praxis die Möglichkeit, auch auf dieses Moment gebührende Rücksicht zu nehmen.

Aber indem dieses geschieht, wird auch gar nicht mehr die Thätigkeit des Einzelnen nur um ihrer selbst willen gestraft, sondern es wird die Strafbarkeit des einen ergänzt und erhöht durch die Strafbarkeit des andern. Diese Methode der Bestrafung der Miturheber nähert sich somit derjenigen Strafmaxime, welche für die Theilnehmer an einem Verbrechen besteht. Denn für den Theilnehmer an einem Verbrechen wird die Strafbarkeit abgeleitet

von der Thätigkeit des Urhebers. Wegen dieser Annäherung der Strafmaxime für die Bestrafung der Miturheber an diejenige, welche für die Strafbarkeit der Theilnehmer auch in dem älteren Rechte besteht, erklärt sich zunächst, daß in der Schlußbestimmung der CCC. nicht blos von den vrsachern, sondern auch von den beistender, helffer, gesprochen ist; es erklärt sich daraus weiter, daß für die Praxis der Unterschied zwischen Miturhebern und Theilnehmern ziemlich indifferent werden mußte, da die CCC. selbst gewissermaßen einen gesetzlichen Anhalt zur Vermischung dieser beiden Begriffe gegeben hat. Dem älteren deutschen Rechte freilich ist dieser Unterschied sehr deutlich gewesen. — Hier konnte allerdings der Beweis für diesen Satz nur durch die Entwickelung des Begriffes der Thäterschaft geboten werden. Deutlicher wird das Gesagte erscheinen, nachdem die verschiedenen Formen der Theilnahme zur Erörterung gekommen sein werden; doch möchte ich auch hier schon ein Beispiel zur Verdeutlichung des Gesagten mittheilen: Wer Waffen herbeiträgt, wissend, daß dieselben zu einem Morde gebraucht werden sollen, wird als Theilnehmer an dem Verbrechen des Mordes mit der von der Person des Thäters abzuleitenden Todesstrafe gestraft. Wenn, während dieser Mord geschieht, NN zufällig herbeikommt und dem Angegriffenen an verschiedenen Stellen des Körpers Wunden beibringt, die zwar nicht tödtlich sind, aber doch im Verein mit den von dem ersten Angreifer bewirkten, den Todt beschleunigen oder das Aufkommen hindern, so würde dieser NN nach den Grundsätzen des älteren Rechts nimmermehr als Theilnehmer des Mordes aufgefaßt worden sein. Er hat dem Getödteten aber einige Wunden beigebracht, für diese ist er Urheber, Thäter, er wird wegen der Verwundungen gestraft.

Zweites Capitel.

Beihülfe.

§. 16.

Die Folge[9]).

Wilda[10]) beginnt die Darstellung der Lehre von der Beihülfe damit, daß er zuerst von der Gefolgschaft spricht. Er sagt: „die Unterscheidung des Urhebers, von dem die Entschließung zur That ausgeht, in dessen Interesse sie vollführt wird und der die auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete Hauptthätigkeit entwickelt, von den Gehülfen tritt besonders hervor, wenn eine Missethat mit einem gesammelten Gefolge, wie es in jener Zeit häufig geschah, verübt war. Die Gefolgschaft macht auch eine eigene Art der Beihülfe aus." — „Gefolgschaft heißen diese Theilnehmer nämlich, weil sie dem Urheber an Ort und Stelle folgten, wo er die That vollführen wollte." — „Nur Freie konnten solcher Theilnahme schuldig werden, denn Sklaven, die mit einem Freien eine Missethat begingen, wurden nicht als Theilnehmer, sondern als seine Werkzeuge angesehen." — „Um zur Gefolgschaft gerechnet zu werden, war aber erforderlich: 1) Gegenwart an Ort und Stelle, wo die Missethat ausgeführt werden sollte. 2) Wissenschaft, daß ein frevelhaftes Unternehmen stattfinden sollte. 3) Bewaffnung. 4) Eine bestimmte Zahl von Leuten." Wenn jemand mit einem, zwei, drei Begleitern auszog, so sei der Begriff der Gefolgschaft nicht vorhanden gewesen.

Es kann kaum einem Zweifel unterliegen, daß die „Folge", welche wir in unsern Quellen erwähnt finden, im Zusammenhange

9) Osenbrüggen a. a. O. S. 84—86.
10) a. a. O. S. 612 ff.

steht mit dem älteren von Wilda beschriebenen Institut der Gefolgschaft [11]). — Vergleichen wir die ältere „Gefolgschaft" mit der späteren „Folge", um durch die Aehnlichkeiten und Verschiedenheiten derselben den Begriff der „Folge" selbst festzustellen. — Die Gefolgschaft wird durch Theilnehmer gebildet, welche dem Urheber an Ort und Stelle, wo er die That vollführen wollte, folgen. Der Verm. Ssp. IV. 8. 1. äußert sich über die Folge mit diesen Worten: Daz ist unde heyset eyn fulge: wan eyner, czwene, dry, fir, adder mer lute, mit eyme zculoufen, wen her eynen beschedigen wel sines libes. — Danach würde also die Folge darin bestehen, daß andere Personen mit dem Thäter nach dem Orte der That laufen, wo der Thäter das Verbrechen begehen will. Specieller werden wir die äußere Anschauung der Folge nicht bestimmen können. Namentlich ist darauf aufmerksam zu machen, daß die Folger gegenüber dem Thäter in keinem Subordinationsverhältnisse irgend einer Art stehen. Nur in soweit erscheint der Thäter auch als Anführer, als durch ihn das zu begehende Verbrechen bestimmt wird [12]). — Ferner ist auf die Zahl der einzelnen „Folger" aufmerksam zu machen. Es genügt, abweichend vom älteren Recht, wenn auch nur ein Theilnehmer sich dem Urheber anschließt. Das von Wilda aufgestellte Erforderniß — eine bestimmte Zahl von Leuten — würde daher für das spätere Recht nicht mehr zu behaupten sein. Ebensowenig läßt sich eine Andeutung in den späteren Quellen dafür finden, daß Bewaffnung ein wesentliches Erforderniß der Folge gewesen sei. Es ist leicht denkbar, daß die mehreren Verbrecher häufig bewaffnet gewesen sein werden; aber als ein wesentlicher Umstand kann die Bewaffnung der einzelnen Folger nicht mehr angesehen werden. — Auch das persönliche

11) vergl. auch Osenbrüggen a. a. O. S. 85.

12) Anderer Ansicht scheint Osenbrüggen a. a. O. S. 85 zu sein. Verm. Ssp. IV. 8. 5. ist wohl anders zu interpretiren, als von Osenbrüggen geschehen ist. Die Erläuterung dieser Stelle folgt weiter unten.

Recht der Theilnehmer — ob dieselben Freie oder Unfreie waren — scheint für das Zeitalter der Rechsbücher indifferent gewesen zu sein; wenigstens finde ich in den Quellen keine Andeutung dafür, daß nur Freie sich in Form der Folge an einem Verbrechen hätten betheiligen können.

Nachdem dieses vorausgeschickt ist, bleiben noch folgende Fragen zu erörtern übrig: I. Ist die Folge Theilnahme, ist sie es immer, oder können die Folger auch unter Umständen als Urheber behandelt werden? II. Gehört zum Begriffe der Folge die Absicht, ein Verbrechen unterstützen zu wollen? III. Ist die Anzahl der Verbrechen beschränkt, bei welchen die Folge vorkommt, oder ist diese Art der Theilnahme mit jedem Verbrechen vereinbar? IV. Nach welchen Grundsätzen wird die Folge bestraft? V. Welches sind die bei der Folge beobachteten Beweisgrundsätze?

I. Ist die Folge Theilnahme, ist sie es immer, oder können die Folger unter Umständen auch als Urheber behandelt werden? Zur Beantwortung dieser Fragen führe ich folgende Quellenstellen an: Verm. Ssp. IV. 5. 9. Man mag umbe eyne wunden nicht mer beschuldigen wen eynen man, ab wol zcwene in eyne wunde gestochen oder geslagen hetten; sundern mer luten mag man schult geben umbe fulge. Derjenige, der verwundet hat und derjenige, der als Folger die Verwundung unterstützte, sind hier deutlich genug von einander gesondert. Dasselbe ist der Fall bei verm. Ssp. IV. 9. 1. Wer eyne strasse roubet, es sy wenig adder fel, wert der in hanthafter tad vorwunden, man sal ome sin houbt abeslan; sin fulgern dazselbe, werden sy in hanthafter tad vorwunden unde begriffen, unde alle dy das metebeln in rad adder in tad, ab sy des vorwunden werden. Obwohl die Strafe für den Thäter — wer eyne strasse roubet — und die Folger dieselbe ist, so werden doch begrifflich die Folger als Theilnehmer von dem Thäter gesondert. — Sehr deutlich tritt dies auch in einem Leip-

ziger Schöffenurtheil (bei Zobel Bl. 558 al. 2) hervor: „Klag umb folge und That. Wiewol P. zu ihr fünffen peinliche klagen angestelt, vnd sie dermassen beschüldigt, das sie alle samptlich mit jhr selbst freuel vnd vnrecht jhme seinen sohn abermordet und erschlagen, auch alle gleich hülff, rath vnnd beystandt, mit hawen und stechen darzu gethan, vnd hat also zu jhn allen vmb that vnd folge, vnd zu jeglichem besonder, zu leib vnd leben, als hochpeinliche klag Recht hat geklaget. Vnd wiewol jhr drey allein auff solche klage vor Gericht erschienen, vnd sich zu vollständiger antwort erboten haben, doch so gedachter kleger in seiner klag erkleren vnd ausdrücken würde, ob er sie alle vmb die that, oder allein vmb die folge, oder etliche vmb die that vnd die andern vmb die folge anklaget, vnd sie vnd einen jeglichen in sonderheit derhalben auff sein gewissen, oder mit zeugen beschüldiget, vnd auch durch Richter und Schöpffen erkannt, das die beklagten alsden zu volstendiger antwort kommen solten, so ist dennoch der gedacht P. schuldig seine klag also zu erkleren, ob er sie alle für folger allein, oder einen oder mehr für theter, vnnd die andern für folger, vnd wie er einen jeglichen angezogen vnd beschüldiget habe. Er ist auch pflichtig auszudrucken, ob er sie und wie er einen jeglichen vmb die that oder volge auff jhre gewissen oder mit gezeugen beklagt habe oder beklagen wölle“ ..... Die bloße Angabe, daß jemand bei einem Morde thätig gewesen ist, soll noch nicht zur Klaganstellung genügen. Man soll den einzelnen Verklagten entweder als Thäter oder als Folger bezeichnen; nicht deshalb, weil die Strafe des Thäters eine andere sein würde als die des Folgers — denn daran, daß der Kläger gegen alle „zu leib und leben“ geklagt hat, finden die Leipziger Schöffen nichts auszusetzen — sondern weil die Stellung des Thäters zum Verbrechen eine andere ist als die des Folgers, woraus sich denn auch ergiebt, daß der Thäter seine Vertheidigung anders einzurichten haben würde als der Folger. Der Kläger soll dem Verklagten durch seine Klage nicht blos kundgeben,

daß er ihn angreift, er soll ihm auch den Angriffspunkt und die Angriffsmittel bezeichnen. Die Schöffen fordern außer der Specialisirung der Klage auch die Angabe der Beweismittel, deren sich der Kläger zur Durchführung der Klage bedienen will. — Mag immerhin dieses Schöffenurtheil einer verhältnißmäßig späten Zeit angehören, wie dieses durch die Beweispflicht des Klägers angedeutet ist, zur Unterstützung der Behauptung, daß die Folge eine Art Theilnahme sei, welche der Thäterschaft entgegengesetzt wird, kann dasselbe wohl benutzt werden.

Doch müssen wir noch auf eine Stelle des verm. Ssp. Rücksicht nehmen. IV. 8. 5. heißt es nämlich: Tut ein volger schaden, wen sin frund schaden hat getan, er ist nicht ein volger, er ist ein sachwalde. Diese Stelle sagt, daß unter gewissen Umständen der Folger nicht Folger sei, sondern Thäter — sachwalde — und zwar dann, wenn der Folger Schaden gethan hat. Wir würden also hieraus entnehmen müssen, daß nur der Folger, welcher keinen Schaden thut, Folger ist, wogegen der Folger, welcher Schaden thut, kein Folger ist. — Osenbrüggen[13]) erklärt diese Stelle in folgender Weise: „Derjenige ist also Miturheber und nicht Folger, der sich einem Verwandten bei der Begehung eines Verbrechens zugesellt, denn die Folge setzt einen die Folger beherrschenden oder doch leitenden Führer voraus. In dieser Dist. 5. würde dann eine Verschiedenheit der neuen von der alten Zeit ausgedrückt sein, in welcher letzteren das Gefolge wohl vorzugsweise aus den Blutsfreunden und anderen befreundeten Genossen bestand (Wilda S. 613)." — Dieser Erklärung kann ich nicht beistimmen. Es erscheint mir dem ganzen Zusammenhang der Quellen nach undenkbar, daß Jemand deswegen nicht sollte als Folger, sondern als Thäter aufgefaßt werden, weil er mit dem Thäter befreundet ist. Ich finde in dem Ausdrucke — wen sin frund

13) a. a. O. S. 85.

schaden hat getan — nichts weiter als dasjenige Verhältniß bezeichnet, welches sich ganz von selbst dann ergiebt, wenn mehrere Personen gemeinschaftlich ein Verbrechen ausüben. Die Freundschaft, von der hier gesprochen wird, reicht eben nur so weit, als das Verbrechen reicht; an irgend welche breitere Grundlagen derselben ist wohl kaum zu denken. Uebrigens scheint Osenbrüggen selbst der erwähnten Stelle gegenüber etwas unsicher zu sein. Er fährt nämlich in folgender Weise fort: „Allein vielleicht ist die Dist. 5. so zu fassen, daß der Grund, warum in dem hervorgehobenen Falle keine Folge angenommen werden soll, in der zeitlichen Trennung und unvorbereiteten Aufeinanderfolge der beiden schädigenden Handlungen liegt. A verletzt den B, darauf verletzt A's Freund C den B, ohne daß von vorne herein eine Verbindung des A und C zum Zwecke der Schädigung bestand, obwohl die Schädigung durch A die nachfolgende Schädigung durch C veranlaßte." — Auch diese zweite Erklärung erscheint mir sehr bedenklich. A und C haben sich nicht verbunden den B zu verletzen; deswegen soll von Folge nicht die Rede sein dürfen. Dann würde also Folge nur die Theilnahme bei dem Complott sein. In dem vorhergehenden Paragraphen ist aber ausgeführt worden, daß die älteren Quellen im Falle des Complottes gar keine Veranlassung fanden, die Thäter von den Theilnehmern zu sondern. Nun wird aber die Folge regelmäßig der Thäterschaft gegenübergestellt, woraus denn mit ziemlicher Gewißheit zu entnehmen ist, daß mindestens die Folge nicht auf Fälle vorher verabredeter Verletzungen beschränkt sein kann. Ich erkläre die angeführte Dist. 5. in folgender Weise. Wir müssen einen thatsächlichen, blos sprachlichen Begriff der Folge von dem juristischen Begriffe sondern. Der erstere wird gebildet durch die Thatsache, daß sich eine oder mehrere Personen einer anderen zur Begehung eines Verbrechens anschließen. Aber nicht alle Personen, die sich einem Verbrecher zur Begehung eines Verbrechens anschließen, nicht alle Folger in dieser sprach-

lichen Bedeutung des Wortes werden auch juristisch als Folger, als Theilnehmer des Verbrechens behandelt. Dies findet vielmehr nur dann statt, wenn die Theilnehmer das Verbrechen zwar unterstützen, doch aber nicht selbst einen Schaden dem Angegriffenen zugefügt haben. Juristisch aufgefaßt ist Folger nur derjenige, der den Angegriffenen nicht selbst verletzt, sondern nur durch seinen Beistand die Verletzung des Thäters in der einen oder anderen Weise möglich gemacht hat. Wenn der Folger — in der thatsächlichen Bedeutung des Wortes — jemanden beschädigt, so ist er — in der juristischen Bedeutung des Wortes — nicht mehr Folger sondern Thäter. Ich möchte daher die Dist. 5. in folgender Weise paraphrasiren: Nicht alle, welche man gewöhnlich Folger zu nennen pflegt, sind auch rechtlich als Folger zu behandeln; denn wenn jemand selbst Schaden thut, so ist er der rechtlichen Auffassung nach als Thäter zu behandeln, wenn man denselben auch in dem vulgären Sprachgebrauch „Folger" nennen mag. — Diese Erklärung der Dist. 5 scheint mir durch dasjenige, was oben (§. 15) über die Feststellung der Thäterschaft beigebracht worden, wenigstens indirekt unterstützt zu werden[14]).

So können wir also sagen: Der juristische Begriff der Folge bildet allemale einen Gegensatz zur Thäterschaft. Aber nicht überall, wo von Folge gesprochen ist, wird dieses Wort in der streng juristischen Bedeutung gebraucht, woher es denn kommt, daß gesagt werden kann: Nicht alle Folger sind Folger, sondern manche Folger sind Thäter.

II. Gehört zum Begriffe der Folge die Absicht,

14) Beiläufig bemerke ich, daß die „Folger", von denen in Leipziger Schöffensprüchen Bl. 558 al. 1 gesprochen wird, auch nur Folger in der sprachlichen Bedeutung des Wortes sein können. Denn es wird für diese Folger untersucht, was sie gethan haben, und die Strafe der Größe der von ihnen begangenen Verletzung gemäß bestimmt; was nicht geschehen könnte, wenn wir es mit Folgern in der juristischen Bedeutung des Wortes zu thun hätten.

ein Verbrechen unterstützen zu wollen? — Die Worte des Verm. Ssp. IV. 8. 1, welche eine Art Definition der Folge enthalten — wan eyner, czwene, dry, fir, adder mer lute, mit eyme zculoufen, wen her eynen beschedigen wel sines libes — würden für sich allein betrachtet, die Absicht ein Verbrechen begehen zu wollen, auf den Thäter beschränken; so daß also aus diesen Worten der Schluß gezogen werden könnte, zur Folge genüge die bloße Thatsache des Hinzulaufens an den Ort, wo das Verbrechen begangen wird, selbst wenn der Folger nicht die Absicht gehabt hätte, den Thäter bei der Ausführung des Verbrechens zu unterstützen. — Wir müssen aber zu den Worten der Dist. 1. noch Dist. 4. hinzufügen. Spricht ymant, he sy doreczu geloufſen durch scheydens willen, unde butet sinen eyd doreczu czu thune, daz sted zcu deme cleger, ab her ome wel lasse gnugen. Wel her des nicht thun, he mus unschuldig werde selbsobende. — Auch in dem Falle, von welchem diese Stelle spricht, findet ein Zulaufen statt nach dem Orte der That, und dennoch kann derjenige, der hinzugelaufen ist, unschuldig werden. Der Grund davon liegt darin, daß die Absicht, welche bei dem Hinzulaufen obwaltete, keine strafbare ist. Daraus folgt denn von selbst, daß zur Folge, wenn dieselbe strafbar sein soll, die bloße Thatsache des Hinzulaufens nicht genügt, sondern mit dem Hinzulaufen die strafbare Absicht, den Thäter unterstützen zu wollen, verbunden sein muß. Ebenso gut, wie der Angeschuldigte sich damit entschuldigen kann, daß er darthut, er sei durch scheidens willen hinzugelaufen, würde er sich auch damit entschuldigen können, daß er nachweist, er sei nur als Zuschauer mitgelaufen; denn Dist. 4. enthält jedenfalls nur ein Beispiel für die straflose Folge.

III. Ist die Anzahl der Verbrechen beschränkt, bei welchen die Folge vorkommt, oder ist diese Art der Theilnahme mit jedem Verbrechen vereinbar? — Offen-

brüggen[15]) scheint der Ansicht zu sein, daß nur bei gewaltsamen Handlungen die Folge vorkommen könne. — Es ist zuzugeben, daß die geschichtliche Entwickelung dieser Art der Theilnahme darauf hindeutet, daß die Folge auf gewaltsame Handlungen zu beschränken sei. Es muß auch zugegeben werden, daß die einzelnen Verbrechen, bei welchen in unsern Quellen die Folge vorkommt, gewaltsame Handlungen enthalten. Aber auf der anderen Seite scheint mir auch der Umstand, daß in der Ueberschrift des Cap. 8. lib. IV. der Distinktionen von fulge aller ungerichte gesprochen wird, nicht bedeutungslos zu sein, um so weniger als cap. 9. Dist. 1. über die Bestrafung der Folge beim Raube so handelt, daß wir annehmen können, es sei der Grundsatz der Bestrafung nur bei einem Verbrechen angegeben, um mittelst der Analogie auf die anderen in demselben Capitel behandelten Verbrechen übertragen zu werden. Die Sache läßt sich vielleicht in folgender Weise feststellen. Die Folge ist eine Art der Theilnahme, die gewisse äußere Kennzeichen haben muß — die Folger sollen mit dem Thäter zur Begehung des Verbrechens hinzulaufen —. Die Ausführungsart mancher Verbrechen ist von der Art, daß diesem Erforderniß wenn überhaupt, so doch nur in sehr seltenen Fällen wird genügt werden können. So wird beispielsweise bei dem Diebstahl und bei andern heimlich auszuführenden Verbrechen der Theilnehmer nur in den seltensten Fällen Gelegenheit finden, sich auf eigenen Antrieb dem Thäter anzuschließen. Aber wenn beispielsweise der Dieb sich unbeobachtet glaubt, doch aber beobachtet wird, während er sich nach dem Orte der That begiebt, und nun derjenige, der den Dieb beobachtete, sich demselben zur Ausführung des Diebstahls anschließt, so würde man, wie ich glaube, nicht gegen den Geist der Quellen verstoßen, wenn man in diesem Falle von der Folge eines Diebstahls spräche. — Aber freilich wird die

15) a. a. O. S. 86.

Folge bei den gewaltsamen Verbrechen häufiger beobachtet werden können als bei den nicht gewaltsamen und dies mag denn auch die Veranlassung sein, weshalb unsere Quellen speciell nur von der Folge gewaltsamer Verbrechen handeln. — Uebrigens ist es für den Begriff der Folge gleichgültig, ob das beabsichtigte Verbrechen ausgeführt wurde, oder ob die verbrecherische Thätigkeit — wie wir heute sagen würden — nur in den Grenzen des Versuches blieb. Ja verm. Ssp. IV. 8. 1. erörtert den Begriff der Folge gerade an dem letzteren Fall mit eyme zculoufen, wen her eynen beschedigen wel sines libes, unde doch nicht schade gesched, unde er entlouffet oder lute daczwischen komen, werden dy beclaget unde bekennen des, iczlicher mus dorumbe bussen dem cleger XXX schillinge, unde wetten deme gerichte. Louken sy abir, is sted zcu oreme eyde. Aber freilich ist der Begriff der Folge keineswegs davon abhängig zu machen, daß es nicht zur Ausführung des Verbrechens kam. Nachdem nämlich die Dist. 1. diesen Fall besprochen hat, fährt Dist. 2. in folgender Weise fort: Geschet schade, unde beschuldiget man ymandes umbe fulge, is sy an todslage adder an wunden, der mus sich des entschuldigen selbsobende. — Mit Bezug auf die Persönlichkeit des Theilnehmers ist der Begriff der Folge davon abhängig, daß der Folger selbst keinen Schaden zugefügt hat, weil er sonst Thäter wird (vergl. oben unter I.); dagegen mit Bezug auf das begangene Verbrechen ist es für den Begriff der Folge gleichgültig, ob eine Verletzung eintrat oder ob die verbrecherische Handlung auf den bloßen Angriff beschränkt blieb.

IV. Nach welchen Grundsätzen wird die Folge bestraft? Für die Beantwortung dieser Frage gehen wir zweckmäßig aus von verm. Ssp. IV. 9. 1. Wer eyne strasse roubet, es sy wenig adder fel, wert der in hanthafter tad vorwunden, man sal ome sin houbt abeslan; sin fulgern dazselbe, werden sy in hanthafter tad vorwunden unde begriffen, unde

alle dy das meteheln in rad adder in tad, ab sy des vorwunden werden. Der mit dem Thäter unter übrigens gleichen Umständen ergriffene Folger wird mit der nämlichen Strafe belegt, wie der Thäter. Da die Stelle außerdem sagt, daß alle übrigen Theilnehmer irgend welcher Art die nämliche Strafe verwirkt haben, so ist anzunehmen, daß die Strafbarkeit der Folge im Allgemeinen nicht nach anderen Prinzipien geregelt worden sei als die Strafbarkeit der Theilnehmer an einem Verbrechen überhaupt. Außerdem ist noch auf die Bestimmung des verm. Ssp. IV. 8. 1. aufmerksam zu machen (vergl. oben unter III.), wonach der Folger, falls das Verbrechen nicht zur Ausführung kam, eine Buße von 30 Schilling zahlen und dem Richter das Gewedde entrichten mußte. Mit Bezug auf die Bestimmung des verm. Ssp. IV. 9. 1. können wir wohl aus der für den Folger bestimmten Strafe auch auf die Straffälligkeit des Thäters schließen und die Behauptung aufstellen, daß nach den Grundsätzen des verm. Ssp. derjenige, welcher eine von ihm beabsichtigte Rechtsverletzung nicht ausführen konnte, abgesehen von einzelnen bestimmten Fällen (vergl. verm. Ssp. IV. 35.) mit einer Buße von 30 Schillingen belegt worden sei, eine Bestimmung, welche mit der im 2. Abschnitte dieser Arbeit über den Versuch der Verbrechen ausgeführten Ansicht im vollkommensten Einklange steht.

V. Welches sind die bei der Folge beobachteten Beweisgrundsätze? Als durchgehende Regel ist die festzuhalten, daß der wegen der Folge Beschuldigte, sich von der gegen ihn erhobenen Anschuldigung reinigt; es ist durchgängig das Beweisrecht des Verklagten anerkannt. (Verm. Ssp. IV. 8. 1—4.) Dieses Beweisrecht des Verklagten gestaltet sich in verschiedener Weise:

1) Hat die Folge bei einem bloßen Angriffe stattgefunden, so genügt allemale der einfache Reinigungseid des Verklagten. (Dist. 1.)

2) Kam es zu einer wirklichen Rechtsverletzung, so hat der Verklagte seine Unschuld durch Eid selbsieben darzuthun. (Dist. 2.) Ein Weib, welches der Folge beschuldigt wird, muß Weiber zu ihren Eidhelfern wählen. (Dist. 3.)

3) Steht zwar die Thatsache der Folge fest, wird aber die verbrecherische Absicht geleugnet, so genügt, wenn der Kläger sich damit zufrieden giebt, der einfache Eid des Verklagten. Andernfalls hat der Verklagte sich selbsieben zu reinigen. (Dist. 4.)

§. 17.

Sonstige Arten der Beihülfe.

In der Folge hatten wir einen bestimmten technischen Begriff gefunden. Für die sonst noch in unsern Quellen vorkommenden Arten der Beihülfe läßt sich das Gleiche nicht behaupten. Die Ausdrücke, welche sonst noch zur Bezeichnung der Beihülfe gebraucht werden sind folgende: Jemanden mit Hülfe stärken[16]), zu der That fördern[17]), dazu helfen[18]) mit Rath oder mit Hülfe[19]), Rath[20]), criminis consentiens esse[21]), alle de met em sint[22]), Volleist[23]). — Einzelne Stellen beschreiben auch die Thätigkeit

16) Ssp. II. 13 §. 6.

17) Gosl. Stat. S. 38. Z. 16.

18) Gosl. Stat. S. 42. Z. 30. S. 42. Z. 34.

19) Gosl. Stat. S. 42. Z. 34.

20) Gosl. Stat. S. 47. Z. 32. S. 40. Z. 30. S. 89. Z. 27. S. 32. Z. 13. rades unde helpe scüldegen. Ssp. III. 46 §. 2.

21) Constitutio Langobardica de venefitiis ao. 1054 Pertz tom. leg. II. S. 42.

22) Lübisches Recht III. 390. Hamburger Recht 1270 XI. 1. 1292 L. 1. 1497. N. 1.

23) Ueber Volleist vergl. Osenbrüggen a. a. O. S. 86 ff. Ein vollständiger Abschluß der Untersuchung über die Bedeutung dieses Wortes scheint nicht herbeigeführt werden zu können. Obwohl das von Osenbrüggen sehr reichhaltige Material noch durch einzelne Stellen der norddeutschen Rechts-

des Gehülfen noch genauer, wie z. B. Lübisches Recht I. 121. De baculando. Qui alium baculaverit vel ad baculandum aliquem baculos apportaverit, si hoc bonis hominibus constiterit et probari poterit, pena compositionis X Marcas argenti et plaustrate vini reus erit. Iudex terciam partem, civitas vinum principaliter et duas partes recipiet.

Aus diesen verschiedenen Ausdrücken würde nur so viel zu entnehmen sein, daß ebenso wie die Ausdrücke helfen, mit Hülfe fördern, auf die physische, so die Worte Rath, consentiens esse auf intellektuelle Beihülfe hindeuten. — Zu einer näheren Begriffsbestimmung der Beihülfe geben aber alle diese Wendungen unserer Quellen keine genügenden Anhaltspunkte.

Zweifelhaft dürfte auch die Beantwortung der Frage bleiben, welchen Umfang die Thätigkeit des Gehülfen erlangen konnte, ob derselbe lediglich in den Grenzen der Unterstützung des Verbrechens blieb, oder ob er auch, und zwar ohne seine Eigenschaft als Gehülfe zu verlieren, einen Theil des schädlichen Erfolges selbst mit herbeiführen konnte. Nur mittelbar läßt sich über diese Frage eine

quellen vermehrt werden könnte — Richtsteig cap. 33 §. 1, 35 §. 4; Magdeb. Fr. III. 1. 6 — so dürfte doch die Frage, welcher Art die durch dieses Wort bezeichnete Beihülfe gewesen sei, sich schwer beantworten lassen. – In einem Ms. der Königsberger Wallenrodtschen Bibliothek — in dem Homeyer'schen Handschriftenverzeichniß unter N. 366 genannt — findet sich folgendes von Magdeburg nach Thorn gesandte Urtheil: .... „Hierauff sprechen Wir scheppen zu Magdeburg ein Recht, Habe die Leute dorffer unnd hove zu Colmischen Rechte, Und haben Dorffer und Hove mit allem Rechte unnd nutze, Geschicht dorinne ein unngerichte vonn Wunden Ader von todtschlagenn Inn Irem Gerichte, die mogenn wol gnade thun den leutenn ann den Bruchenn mit des Klegers volleist unnd Willenn, Unnd sie beduerffenn nach Magdeburgischem Rechte der Hernn orlob darzu nicht.“ — In dieser Stelle hat das Wort Volleist mit Beihülfe nichts zu schaffen. Es bedeutet offenbar so viel als Wissen, Zustimmung. Aber freilich kann das Wissen, die Zustimmung auch eine Art der intellektuellen Beihülfe ausmachen, und ich möchte daher glauben, daß Volleist, wo es die Beihülfe bezeichnet, ebensogut auf die physische, wie auf die intellektuelle Beihülfe bezogen werden könnte.

Ansicht aus den Quellen gewinnen. Wir hatten oben gesehen, daß das Herbeiführen eines schädlichen Erfolges den Thäter charakterisire; es waren die Regeln zusammengestellt, wie bei einem verbrecherischen Erfolge die Thäterschaft je nach der verschiedenen Betheiligung der einzelnen Personen verschiedenartig bestimmt wurde. — (vergl. §. 15). Wir sahen ferner, daß der eine technisch gewordene Begriff der Beihülfe, „die Folge" die Eigenschaft der Beihülfe sofort verliere, wenn der Folger selbst Schaden gethan hatte (vergl. §. 16). Dazu kommt nun noch, daß die oben mitgetheilte Stelle des Lübischen Rechts I. 121 — bei übrigens gleicher Strafbestimmung — diejenigen Personen, welche schlagen, von denen sondert, welche ihre Hülfsleistung durch das Herbeischaffen von Stöcken an den Tag legen. — Aus diesen Gründen glaube ich die Ansicht aussprechen zu dürfen, daß die Beihülfe nur so lange Beihülfe blieb, als der Gehülfe selbst keinen schädlichen Erfolg herbeiführte; eine Ansicht, welche noch dadurch unterstützt wird, daß bei der intellektuellen Beihülfe überhaupt nicht ein durch den Gehülfen bewirkter Schaden gedacht werden kann, und alle von der Beihülfe handelnden Stellen den physischen und intellektuellen Gehülfen durchaus gleichmäßig behandeln. — Es wird aber aus keiner dieser Stellen dargethan werden können, daß der Gehülfe irgendwie selbst einen Schaden herbeigeführt habe. — Die Bestimmung des verm. Ssp. IV. 8. 5 würde somit auch auf die anderen Arten der Beihülfe auszudehnen sein.

Für die Bestrafung der Beihülfe halten ohne Ausnahme alle Stellen, gleichviel ob sie von physischer oder intellektueller Beihülfe handeln, den Satz fest, daß der Gehülfe ebenso gestraft wird, wie der Thäter. Ssp. IV. 13. 6. Die düve hudet oder rof, oder emanne mit helpe dar to sterket, werdet si des verwunnen, man sal over sie richten als over jene. — Gosl. Stat. S. 38. Z. 16. — Gosl. Stat. S. 38. Z. 24. We ok disser enen to

dissen dinghen vörderet mit rade oder mit hülpe, kumt men des boven ine, dat selve recht scolde over ine gan dat over dene gan scolde de den bröke dede. Unter den Dingen, zu denen jemand gefördert werden könnte, sind mit Bezug auf die voraufgehenden Bestimmungen der Gosl. Stat. folgende Verbrechen zu verstehen: Diebstahl, Falschmünzerei, die verschiedenen Arten absichtlicher Tödtungen, Kirchenraub, die verschiedenen Arten von Brandstiftungen, Verwundung, Freiheitsentziehung, Raub, Nothzucht, Friedensbruch — de den vrede brikt —, Verrätherei, Fälschung, Zauberei, Vergiftung, mit einem Worte alle Ungerichte. (Vergl. weitere Strafbestimmungen der Beihülfe in Gosl. Stat. S. 40. Z. 30. S. 42. Z. 34. S. 47. Z. 32.) Die Stelle des verm. Ssp. Lib. IV. cap. 9 Dist. 1. wonach nicht blos die Folger sondern alle Helfer irgend einer Art mit der gleichen Strafe des Thäters zu bedrohen sind, ist bereits oben mitgetheilt worden. — Constitutio Langobardica de venefitiis (Pertz tom. leg. II. S. 42. Z. 34). Quicumque venefitio seu quolibet modo furtivae mortis aliquem peremerit aut inde consentiens fuerit, mortis sententiam incurrat, omniumque suarum rerum mobilium seu immobilium facultatem amittat . . . Si quis vero praedicti criminis aut de facto aut de consensu accusatus, negare voluerit etc. . . . . Die gleiche Strafbarkeit der Gehülfen mit den Thätern bestimmt weiter die am Anfange dieses §. mitgetheilte Stelle des Lübischen Rechts I. 121, eine Stelle, aus welcher entnommen werden kann, daß eine Handlung, welche nach modernen Begriffen vielleicht noch als entfernte Theilnahme aufzufassen sein würde, dennoch die gleiche Strafbarkeit mit dem Thäter erzeugt. Es ist endlich auf die bei Gelegenheit der Darstellung der vorsate mitgetheilten Stellen des Lübischen Rechts III. 390. Hamburger Recht 1270 XI. 1. 1292 L. 1. 1497. N. 1 zurückzuverweisen, wonach alle de mit eme (mit dem Hausfriedensbrecher) sint, er iewelik also vele besseren sollen als

der Thäter. — Indessen ist zur weiteren Ausführung dieser Regel noch auf Folgendes aufmerksam zu machen. In dem §. 15 wurde dargethan, daß wenn bei einem Verbrechen sich mehrere Personen als Thäter betheiligt hatten, nicht für alle Thäter die gleiche Strafe festzusetzen sei, daß vielmehr festgestellt werden müsse, wie viel der Einzelne gethan habe, damit jeder entsprechend der Größe der von ihm bewirkten Beschädigung gestraft werden könne. Demgemäß wird also auch für die Bestrafung der Gehülfen festgestellt werden müssen, welchen der Thäter dieser Gehülfe durch Rath oder durch That unterstützt hat, so daß also leicht der Fall eintreten kann, daß in Folge ein und desselben Verbrechens nicht alle dabei betheiligten Gehülfen gleichmäßig zu strafen sind. Denken wir uns folgenden Fall. Ein Mensch wurde todtgeschlagen. Der Beweis stellt heraus, daß A dem Getödteten eine Hirnwunde geschlagen hat, B, C, D haben dem Getödteten zwar auch Wunden beigebracht, aber keine tödtlichen. Es würde nach den in §. 15 entwickelten Grundsätzen A wegen einer Tödtung, B, C, D wegen Verwundung zu strafen sein. Außer diesen vier Personen haben sich aber bei dem Verbrechen noch X, Y, Z betheiligt und zwar hat X dem A die tödtliche Waffe gereicht, Y und Z haben durch ihren Zuruf den B, C, D ermuntert, dem A Beistand zu leisten. X würde in diesem Falle als Gehülfe des A mit der Strafe der Tödtung zu belegen sein, während Y und Z als intellektuelle Gehülfen des B, C, D mit der für die Verwundung festgesetzten Strafe fortkommen.

Was den Beweis der Beihülfe anbetrifft, so müssen wir annehmen, daß, da sich in den Quellen keine besondern Bestimmungen hierüber finden, dieselben Beweisregeln für den Gehülfen wie für den Thäter des Verbrechens gegolten haben werden. Als eine interessante Singularität führe ich die Bestimmung des Hamburger Rechts 1270 VII. 16 an: Dat vmme slege neman tugen mach, de mede in der vlocke wesen heuet. It ne mach nen man den anderen vortugen vmme slege, mit

den luden de mede an vlocke vnde an verde vnde an der vechtinge wesen hebbet. It ne mach ok nen man tugen uppe den anderen vmme nenerhande sake van schulde mit deme, de sine kumpane darane syn, ofte den, deme de sake mede angeit na rechte (vergl. 1292 lt. 14. 1497. E. 21). Die Theilnehmer an einem Verbrechen sind danach zum Beweise der Schuld eines andern Theilnehmers oder eines Thäters untaugliche Zeugen.

Drittes Capitel.

§. 18.

Anstiftung.

In dem vorhergehenden §. konnte darauf aufmerksam gemacht werden, daß nicht nur die physische, sondern auch die intellektuelle Beihülfe unsern Quellen bekannt gewesen sei. Daraus dürfte denn auch wohl geschlossen werden, daß die Strafbarkeit der psychologischen Theilnahme nicht blos auf die Fälle intellektueller Beihülfe beschränkt geblieben, sondern auch auf die Fälle der intellektuellen Urheberschaft, auf die Anstiftung ausgedehnt gewesen sein werde. Wenn der bei der Ausführung eines Verbrechens gegebene Rath Strafe nach sich zog, so ist es nicht gut denkbar, daß das mindestens eben so strafbare Verhältniß, wenn nämlich der ertheilte Rath das Verbrechen erst hervorrief, hätte straflos bleiben sollen. Und erkennen wir weiter in dem Rath ein verhältnißmäßig geringeres Mittel der Anstiftung, so wird damit auch zugleich die Strafbarkeit für die intensiveren Fälle der Anstiftung geboten sein, wie für die in Folge eines Befehls, in Folge der Ueberredung u. s. w. begangenen Verbrechen. Um diese allerdings a priori aufgestellte Vermuthung zur Gewißheit zu erheben ist nur nöthig, daß einzelne

Beispiele aufgefunden werden können, in denen zweifellos von Anstiftung gesprochen, und für den Anstifter eine Strafe bestimmt wird. — Freilich kann ich aus den norddeutschen Quellen nur eine derartige Stelle anführen, welche jedoch aus verschiedenen Gründen nicht gut als eine Singularität aufgefaßt werden kann. Dieselbe findet sich in den Böhme'schen Schöffensprüchen S. 93 al. 5, ebenso in den Magdeb. Fragen I. 1, 26, ebenso in Kulm III. 50. 51. Schon der Umstand, daß drei, wenn auch allerdings sehr nah verwandte Quellen dieselbe Entscheidung wiederholen, deutet darauf hin, daß der in derselben enthaltene Gedanke nicht vereinzelt dagestanden haben kann, daß man vielmehr die Anwendung desselben in weiteren Kreisen zu ermöglichen suchte. Dazu kommt noch, daß zahlreiche Beispiele für die Anstiftung in den süddeutschen Rechtsquellen angetroffen werden[24]) und nicht gut angenommen werden kann, daß ein so allgemeines kriminalistisches Verhältniß nur auf Süddeutschland hätte beschränkt sein können.

Die angeführte Stelle lautet: Vorbas habit Ir vns geschrebin also: . . . . hew (Heu) wart genomen uff einer wesin do beschuldegitte man in vnd sine knechte vnd sinen hofeman vnd sine knechte das her se das hew hette heisen nemen her welde sines houptes bestanden sin vnd E sines leibes das bekente der hofeman vnd die knechte vor dem rate das her se das hew hette heisin nemen dornoch vmb das hew bannete vnde bin In vnss: Probest von dem thume also das her die dube besserte dem Probest wissintlichin. Sentencia. Hir vff spreche wir vor ein recht do sich der burger des vorwilkorte vff sinen hofeman vnd vff sine knechte ap se des be—

24) Vergl. Osenbrüggen a. a. O. S. 89. Auch die Stellen des Kulm V. 30 und 32 würden hieher zu rechnen sein; es entsprechen dieselben Schwabenspiegel (Laßberg) art. 226. 227. (vergl. Stobbe Zeitschrift Bd. 17. S. 429.)

kenten das her se das hew hette heisen nemen so welde her sines howptis vnd sines libes bestanden sin vnd dese des bekanten vor dem vollin Rate do was her obirwunden vnd mochten obir In gerichtet habin die wile das se in dem rathe woren Nu her obir von in komen ist vnd se in dem Rate nicht sin wil der alde rath adir der newe in nw dorvmb beschuldegit vorsachith hers so mag her des vnschuldig werden vff den heiligen Bekennet hers so get is im an den lyp vnd mag obir in richten von rechtes wegin.

Mag in Einzelnheiten diese Stelle etwas unklar sein, soviel ist aus derselben mit Bestimmtheit zu entnehmen, daß sie von einem Falle der Anstiftung handelt. Der Anstiftende ist der Herr, die Angestifteten der Hofmann und die Knechte, das Verbrechen, zu welchem angestiftet wurde ist der Diebstahl, das Mittel der Anstiftung ist Befehl. — Wegen der Anstiftung wird der Herr gerichtlich belangt. Der Angeklagte hat sich von der ihm zur Last gelegten Beschuldigung entweder eidlich zu reinigen, oder es trifft ihn die Todesstrafe. Erwägt man nun, daß auch sonst allgemein für den Diebstahl die Todesstrafe bestimmt ist, so dürfte es unter Mitberücksichtigung dessen, was für die sonstigen Fälle der Theilnahme schon gefunden ist, nicht zu gewagt sein, hinsichtlich der Anstiftung folgende beiden Sätze aufzustellen:

1) Die Anstiftung zu einem Verbrechen ist strafbar.

2) Der Anstifter wird mit derselben Strafe belegt wie der Thäter.

Viertes Capitel.

Von der Begünstigung.

§. 19.

Begünstigung des Verbrechers.

Nach dem Inhalte der Quellen können diejenigen Handlungen, welche den Zweck haben, den Verbrecher der verdienten Strafe zu entziehen, nach folgenden Kategorieen geordnet werden. I. Der Verbrecher ist nicht ergriffen. II. Der Verbrecher ist zwar ergriffen, aber noch nicht vor Gericht gestellt. III. Der Verbrecher ist vor Gericht gestellt. — Betrachten wir diese Fälle im Einzelnen.

I. Der Verbrecher ist nicht ergriffen. Hier sind nun wieder zweckmäßig folgende Verhältnisse zu sondern:

1) Eine Verfestung des Verbrechers hat nicht stattgefunden. Ssp. II. 72 §. 1. Uppe svelkeme hus man den vredebrakere hält weder recht, svenne die richter mit gerüchte dar vore geladen wirt, unde man sie afeschet alse recht is, dat man't geboren moge uppe deme hus; ne geven sie sie nicht her af to rechte, man vervestet die burch unde al die dar uppe sin. Let man aver dar uppe des richteres boden sesse unde den klegere, die suken den vredebrekere unde den rof, so sal man sie nicht vervesten. Der Friedbrecher wird dadurch begünstigt, daß er auf einer Burg gehalten und so der gerichtlichen Verfolgung entzogen wird. Daß letzteres der Fall ist, geht erst daraus hervor, daß der Aufforderung des Richters, den Friedbrecher herauszugeben, keine Folge geleistet wird. Der rechtliche Nachtheil dieser Begünstigung besteht in der Verfestung sämmtlicher Bewohner der Burg. Verfestet man alle diejenigen, die auf der Burg anwesend sind, so wird dadurch der verfolgte Friedbrecher

natürlich mit verfestet. Befindet sich derselbe aber nicht an dem Platze, wo man ihn vermuthete, so befreien sich die Bewohner des verdächtigen Ortes dadurch, daß sie das Nachsuchen nach dem Friedbrecher dem Kläger im Verein mit sechs Boten des Richters gestatten. Indirekt geht aus der mitgetheilten Stelle des Sachsenspiegels auch noch Folgendes hervor. Findet der Kläger bei seinem Nachsuchen den Friedbrecher, so werden durch diesen Umstand die Bewohner der Burg nicht gravirt, wenigstens würden sie jedenfalls die Vermuthung für sich beanspruchen dürfen, von der Anwesenheit des Friedbrechers nichts gewußt zu haben, so daß sie sich durch ihren Irrthum von jeder Verantwortlichkeit befreien können. (vergl. Gosl. Stat. S. 39. Z. 34 und Ssp. III. 23.)

Beiläufig ist hier noch Dithmarsches Recht 1447 §. 84 anzuführen (nach Michelsens Uebersetzung): „Wenn jemand einen Mann erschlüge oder verwundete, und darauf flüchtig würde, so soll, wer ihn vor dem, der ihn verfolgt, verbirgt, er sei ein Geistlicher oder ein Weltlicher, sofern es erwiesen werden mag, deshalb für allen Schaden Genugthuung geben." Die Begünstigung des verfolgten Verbrechers ist danach verboten, aber es geht aus der Stelle nicht bestimmt hervor, was unter der Genugthuung, die der Begünstiger gewähren soll, zu verstehen ist; wir sind also auch außer Stande, die strafrechtliche Bedeutung der Begünstigung für das Dithmarsche Recht zu bestimmen.

2) Der Verbrecher ist verfestet. Ssp. III. 23. Sve herberget oder spiset wetenlike enen vervesten man, he mut dar vmme gewedden. Dieser Grundsatz des Ssp., daß derjenige, welcher einen Verfesteten begünstigt, dem Richter sein Gewedde bezahlen müsse, ist im Richtsteig wiederholt (vergl. cap. 33 §. 6; cap. 41 §. 4); auch das Hamburger Recht geht von einer ähnlichen Anschauung aus: So we enen vorvesten man herberghet ofte spiset, de schal dat beteren mit dren punden (1270 X. 2. 1292 N. 2. 1497 M. 15); und da wir die Acht nur

als eine potenzirte Art der Verfestung auffassen können, so gehört auch Kulm III. 145 hieher. Wer do huset adir hofet eynen echter. der sal deme richter geben syn gewette. das synt vyr schillynge pfennynge ab her dorumme beclagt wirt. vnd des bekennet. vnd her ist ken deme sachewalden nichtes nicht bestanden. Die Begünstigung des Verfesteten würde hienach als eine Handlung aufzufassen sein, durch welche lediglich das Gericht, nicht aber der Kläger als verletzt angesehen wird.

Daß aber dieser eben angeführte Grundsatz der Bestrafung des Begünstigers nicht allen Quellen gemeinsam gewesen ist, zeigen folgende Stellen: Lüneburger Stadtrecht (Kraut S. 28) Welk voruestet minsche an de stad kumpt sunder gheleyde vnd vorword, dat trid an sines sulues hals. We den ok husede vnd houede vnd wiste, dat he voruestet were, de scholde lik eme schuldich wesen. Wenn auch in dieser Stelle die Lebensstrafe nicht für das Verbrechen ausgesprochen ist, welches zur Verfestung Veranlassung gab, sondern dafür, daß der Verfestete ohne Geleit oder Vorwort nach der Stadt kam, woraus dann folgern würde, daß streng genommen derjenige, der den Verfesteten bei sich aufnimmt, nicht sowohl der Begünstigung als der Beihülfe an dem Verbrechen, als Verfesteter ohne Erlaubniß in die Stadt zu kommen, schuldig wird; — so glaube ich doch nicht, daß man diesen streng formellen Gesichtspunkt im älteren deutschen Rechte geltend gemacht haben wird. Die Thätigkeit des Theilnehmers, so wird man im Geiste der älteren Quellen richtiger argumentiren, bezieht sich auf dasjenige Verbrechen, welches die Veranlassung zur Verfestung gab, es ist also eine Theilnahme nach beendigtem Verbrechen — Begünstigung —. Doch mögen auch allenfalls hinsichtlich der eben erwähnten Stelle darüber Zweifel bestehen bleiben, ob dieselbe von Begünstigung oder Beihülfe handelt; andere Stellen lassen einen derartigen Zweifel in keinem Falle aufkommen. Gosl. Stat. S. 59. Z. 29. We enne vorvesteden man heghet

unde holt in deme gherichte dar he inne vorvestet is, de is like scüldich, he ne wille ene to rechte vore bringhen. Hier kann sich das like scüldich eben nur auf die Strafe beziehen, welche der Verfestete durch dasjenige Verbrechen verwirkt hatte, welches zur Verfestung führte.

In dem Bremischen Recht wird statt verfesten oder ächten der Ausdruck vrethelos leggen gebraucht. (vergl. beispielsweise Antiqua 1303 S. 35 a. E. S. 42 XIII. Antiqua 1303. XXI. S. 86 in der Mitte, S. 113 al. 2. S. 167 al. 2. Antiqua 1433 stat. 53. Nova 1433 stat. 58. (vergl. S. 499.) Nova 1433 S. 500. 501. al. 1 und al. 8. Nova 1433. 2. Buch (ordel 88). Derjenige, der einen friedlos Gelegten unterstützt, wird nach demselben Grundsatze gestraft, welcher für das Lüneburger und Gosl. Stat. angeführt wurde. Antiqua 1303 S. 13 stimmt beinahe wörtlich mit der angeführten Stelle des Lüneburger Stadtrechts überein. Antiqua 1303 S. 40. al. 1. Se we enen vrethelosen man hovet ether huset binnen wicbelethe. the binnen bremen vretheloos si. vnde vorsteyt. dhe brict like then sakewolden he ne wil ene to rechte bringen.

Mit diesen zuletzt angeführten Stellen stimmen überein die Kaiserlichen Gesetze. Ich führe nur an Friderici II constitutio pacis 1235 cap. 13 (Pertz tom. leg. II. S. 317). De proscriptis. Precipimus et firmiter inhibemus, ne quis proscriptos manu teneat vel scienter hospicio recipiat; quod si fecerit, et de hoc legitime convictus fuerit, tanquam proscriptus puniatur, nisi septima manu sinodalium hominum integri status ignoranciam suam primo declaret. Ubicumque proscriptus interdicitur vel invaditur, a nemine defendatur; et si quis eum scienter defenderit et de hoc legitime convictus fuerit, eadem culpa teneatur et tanquam proscriptus iudicetur. Mit dieser Stelle stimmen beinahe wörtlich überein: Rudolfi I. constitutio pacis in franconia. cap. 14 (Pertz S. 434) constitutio

pacis (curia Moguntiae 1281) cap. 14 (Pertz S. 438) constitutio pacis (curia Wirzeburgensis. 1287) cap. 36. (Pertz S. 451.)

Nach dem Inhalte der angeführten Quellen müssen wir also sagen, daß hinsichtlich der Strafe für den Begünstiger eines Verfesteten, Geächteten, die Quellen von einander abweichen, indem einzelne für den Begünstiger ein bestimmtes Gewedde, andere dagegen diejenige Strafe bestimmen, welche der Verfestete durch das von ihm begangene Verbrechen verwirkt hatte.

Hinsichtlich des Aufsuchens eines Verfesteten gelten ganz analoge Vorschrifen, wie für das Aufsuchen des flüchtigen Verbrechers, welcher noch nicht verfestet war. Gosl. Stat. S. 59. Z. 35. Wert emme to wetene wur sin vorvestede man is, de scal mit gherichte dene eschen van der were; des scal de des de were is sich untscüldighen mit sineme ede dat he dar nicht ne si noch he ine dar nerghen ne wete. Ne wel he des nicht don, so scal he deme kleghere staden ine to sokene in allen sinen wesenden unde winkelen; weygherde men des, so ne mach he des nicht unsculdich werden, he ne hebbe den vorvesten man geheghet unde gheholden. Des mot men aver den richtere unde twen man to tüghe hebben dat he nicht ne stadede to sökene. — Es muß sich jeder gefallen lassen, nach einem Verfesteten in seinem Hause suchen zu lassen. Das Hausrecht erscheint gegenüber dieser Pflicht dadurch gewahrt, daß nur bei Anwesenheit des Richters das Nachsuchen gefordert werden darf — Des mot men aver den richtere unde twen man to tüghe hebben dat he nicht ne stadede to sökene. — Wäre der Richter nicht gegenwärtig gewesen, so würde die Verweigerung der Erlaubniß, nach dem Verfesteten suchen zu dürfen, für den Hauseigenthümer irgend welche schädliche Folgen nicht gehabt haben. — Das Hausrecht erscheint weiter dadurch gewahrt, daß der Hauseigenthümer schwört, er wisse nichts von dem Verfesteten. Nur im Falle

des verweigerten Eides und der voraufgegangenen richterlichen Aufforderung muß der Hauseigenthümer die Nachforschung nach dem Verfesteten gestatten. Eine Weigerung seinerseits würde denselben Erfolg für ihn haben, als ob man den wissentlich Verborgenen bei ihm gefunden hätte — so ne mach he des nicht unsculdich werden, he ne hebbe den vorvesten man geheghet unde gheholden — so daß die Bestrafung des Hauseigenthümers nach den für die Begünstigung bestehenden Grundsätzen auch alsdann eintreten würde, wenn selbst der gesuchte Verfestete sich gar nicht in dem betreffenden Hause befinden sollte.

II. Der Verbrecher ist zwar ergriffen, aber noch nicht vor Gericht gestellt. Gosl. Stat. S. 36. Z. 31. (wiederholt S. 88. Z. 16.) Holt en enne up umme düve, dene mot he wol ledich laten de wile he nicht ghespannen oder ghebunden oder bewarcht ne is. Is he aver ghespannen oder ghebunden oder bewarcht, so ne mot he des nicht don. Deyt he dat aver dar en boven, so mot he deme voghede dar umme wedden. Der bereits ergriffene Verbrecher kann nur dadurch begünstigt werden, daß man demselben zur Flucht behülflich ist. In der eben mitgetheilten Stelle ist der Fall erörtert, daß der Verletzte selbst den ergriffenen Verbrecher entkommen läßt. Der Verletzte soll ein Gewedde zahlen, wenn er den Ergriffenen entkommen läßt, nachdem derselbe in irgend einer Weise gefesselt war; andernfalls würde die Freilassung desselben straflos sein. Es wäre denkbar, diese Entscheidung dadurch zu erklären, daß der Verletzte dem ungefesselten Verbrecher gegenüber nicht die erforderliche Gewalt hat, um denselben festzuhalten und daß man deswegen die Straflosigkeit für das Entweichenlassen des Gefangenen bestimmt hat. Es ist möglich, daß auch dieser Gesichtspunkt mit berücksichtigt worden ist, der entscheidende ist es aber schwerlich gewesen. In dem älteren deutschen Rechte erscheint das Verbrechen wesentlich gegen die Person des Verletzten gerichtet. Auf dieser Anschauung beruht ja

bekanntlich der ganze ältere Strafproceß. Der Verletzte ist also auch derjenige, welcher das hauptsächlichste Interesse an der Verfolgung und an der Bestrafung des Verbrechers hat. Verzichtet er darauf, dieses Interesse geltend zu machen, so enthält dieser Verzicht keinesfalls etwas Strafbares. Es ist aber nichts weiter als ein Verzicht auf Verfolgung und Bestrafung, wenn der Verletzte selbst den ergriffenen Verbrecher entweichen läßt. Aber dieser mit der Verhandlungsmaxime des älteren Strafprocesses zusammenhängende Verzicht ist durch bestimmte Grenzen beschränkt. Man darf beispielweise niemanden zur Erhebung einer peinlichen Klage zwingen, aber ist die Klage angestellt, so muß sie auch durchgeführt werden — Ssp. I. 62. §. 1. Man ne sal niemanne dvingen to nener klage, der he nicht begunt ne hevet. Manlik mut sines scaden wol svigen de wile he wel. Scriet aver he dat gerüchte, dat mut he vulvorderen mit rechte, wende dat gerüchte is der klage begin — und handelt der Kläger dieser Pflicht zuwider, so hat er Gewedde und Buße zu zahlen. Ssp. II. 8. Sve so ungerichte klaget up enen, die dar nicht to jegenwarde n'is, kumt he seder vore, unde ne klaget jene up ine nicht, he mut deme richtere gewedden unde jeneme gebüten — — Analog wie mit der Verpflichtung zum Klagen dürfte es sich auch mit der Verpflichtung des Verletzten verhalten, den ergriffenen Verbrecher nicht mehr loszulassen. Hat schon eine Fesselung des Ergriffenen stattgefunden, so erscheint die Verfolgung dadurch bis zu dem Grade vorgeschritten, daß ein einseitiges Aufgeben derselben durch den Verletzten nicht mehr zulässig erscheint. Daraus dürfte sich ebenso die straflose Freilassung des Verbrechers wie auch die Geweddezahlung erklären lassen, zu welcher der Verletzte verurtheilt wird, wenn er den bereits gefesselten Verbrecher entweichen läßt.

Gosl. Stat. S. 35. Z. 27. Wert en upgheholden unde in de hachte gebracht, we deme ut der hachte hilpt mid rade

oder dat, weder der kleghere willen unde des richteres, dat is en vredebrake. — Es ist in dieser Stelle nicht gesagt, wie dieser Friedbruch gestraft werden solle, wir können nur aus derselben entnehmen, daß der Einfluß des Verletzten auf die Freilassung des Ergriffenen anerkannt ist. Geschah die Entlassung des Gefangenen aus der Haft mit Willen des Klägers, so ist nicht anzunehmen, daß diese Handlung straflos gewesen sei; sie war nur kein Friedensbruch; zur Zahlung des Gewedde würde nach Gosl. Stat. S. 36. Z. 31 der Kläger, welcher wollte, daß der Verbrecher seiner Haft entlassen werden solle, ebenso zu verurtheilen sein, wie derjenige, welcher dem Willen des Klägers gemäß die Freilassung bewirkte. Daraus aber, daß ein Friedensbruch nicht blos dann vorliegen soll, wenn die Freilassung des Verbrechers gegen den Willen des Klägers, sondern auch dann, wenn sie gegen den Willen des Richters geschah, ersehen wir deutlich, wie der Umstand der Fesselung des Verbrechers, diesen der ausschließlichen Gewalt des Verletzten entzog. An den gefesselten, inhaftirten Verbrecher knüpfen sich nicht mehr bloße Privatinteressen, über welche der Kläger allein dispeniren mochte, sondern auch öffentliche, deren Verfolgung als ein Recht und eine Pflicht des Richters anerkannt wurde. Ich lasse noch zwei Stellen des Gosl. Stat. folgen, welche geeignet sein dürften, das eben Ausgeführte noch näher zu erläutern: S. 39. Z. 22. Klaghet men deme voghede umme düve oder umme rof de gheschen is, wert der ienich upghehalden de mit der scult besproken oder vordacht is, dene ne scal de voghet nicht ledich laten an des willen unde witscap an deme de scade gheschen were. S. 83. Z. 11. De voghet ne schal nemanne ledich laten de umme düve oder umme rof upgheholden is, ane des rades willen, of it ime de rat vorboden hevet. Das Verhältniß ist folgendes. Bei dem Vogt wird eine Klage wegen Diebstahls oder Raubes angebracht, der Thäter wird verfolgt und ergriffen. Zunächst handelt es sich dabei nur

um das Interesse des Verletzten; daher ohne dessen Willen der Ergriffene schlechterdings nicht freigelassen werden darf. Aber es kann auch der Rath der Stadt die Ansicht haben, daß durch dieses Verbrechen die öffentliche Ordnung gefährdet worden sei. Dies führt dann dazu, daß seitens des Rathes dem Vogt die Freilassung verboten wird. Jetzt darf dieselbe auch dann nicht mehr stattfinden, wenn der Kläger sie gewähren wollte.

Die Resultate, die wir aus dem vorangehenden, übrigens nur einer Quelle angehörenden Material entnehmen können, lassen sich in folgenden Sätzen zusammenfassen:

1) Die Entlassung des noch nicht gefesselten Verbrechers durch den Verletzten ist überhaupt keine strafbare Handlung, also auch keine strafbare Begünstigung.

2) Die Entlassung eines gefesselten, in Haft gebrachten Verbrechers ist strafbar. Geschieht dieselbe durch den Kläger oder mit dessen Zustimmung, so tritt Geweddezahlung ein. Wurde der Verbrecher ohne die Einwilligung des Klägers oder, falls der Richter von der Sache Notiz genommen hatte, ohne Einwilligung des Richters entlassen, so enthielt diese Handlung einen Friedbruch.

III. Der Verbrecher ist vor Gericht gestellt. Ssp. III. 9 §. 5. Svelk man enen beklageden man um ungerichte [geweldiclich dem gerichte — Zusatz des Görlitzer Rechts art. 115 und des Verm. Ssp. IV. 37 dist. 1] untvort, wert he gevangen mit gerüchte, he sal gelike pene jeneme liden. Kumt aver he enwech, man vervestet ine alto hant, of man ine in der hanthaften dat gesen hevet unde bescriet mit deme gerüchte, unde man dat getügen mag. — Gosl. Stat. S. 89. Z. 25 und Weichbild art. 38 stimmen mit dieser Stelle des Ssp. im Wesentlichen überein.

Wer also in der Weise einen Angeklagten begünstigt, daß er ihn gewaltsam dem Gerichte entzieht, verwirkt dieselbe Strafe, die den Angeklagten getroffen hätte, wenn das Verfahren gegen ihn

ordnungsmäßig zu Ende geführt worden wäre. — Es mag immerhin sein, daß die Strafe der Begünstigung in diesem Falle die Strafe für den Bruch des Gerichtsfriedens mit enthält; es wird nichtsdestoweniger die Handlung dessen, der einen Angeklagten der Bestrafung entzieht, sich nur als Begünstigung auffassen lassen.

Betrachten wir nun das im Vorhergehenden zusammengestellte Material, so dürften sich für die Begünstigung der Person des Verbrechers folgende Sätze ergeben:

1) Objektiv erfordert die Begünstigung eine Handlung, welche geeignet ist, den Verbrecher der ihm drohenden Strafe zu entziehen und

2) Subjektiv die Absicht des Begünstigers den Verbrecher der Strafe entziehen zu wollen. Wer es nicht weiß, daß ein Verbrecher sich in seinen Geweren befindet; wer es zwar weiß, daß eine bestimmte Person von ihm unterstützt wird, doch aber nicht weiß, daß diese Person wegen eines Verbrechens verfolgt wird, oder wegen desselben verfestet wurde; wer es endlich weiß, daß er einen verfolgten oder verfesteten Verbrecher bei sich hat, aber nicht die Absicht hat, denselben der Bestrafung zu entziehen, sondern ihn dem Gerichte auszuliefern; — alle diese Personen werden nicht als Begünstiger angesehen, sie sind vielmehr durchaus straflos.

3) Für die Bestrafung der Begünstigung gilt die Regel, daß der Begünstiger ebenso zu bestrafen ist als der Begünstigte. Von dieser Regel sind nur zwei Ausnahmen zu bemerken:

a) Für die Begünstigung eines Verfesteten bestimmmen einzelne Rechtsquellen nur eine Geweddezahlung (Ssp. Richtsteig, Kulm und Hamburger Recht).

b) Für die Begünstigung eines ergriffenen aber noch nicht vor Gericht geführten Verbrechers wird, wenn die Befreiung desselben durch den Kläger stattfindet, theils keine Strafe, theils nur Geweddezahlung bestimmt. Als Friedbruch wird diese Art der

Begünstigung bezeichnet, wenn die Freilassung des Verbrechers wider den Willen des Klägers oder des Richters geschah. — Diese Abweichung von der Regel erklärt sich nicht aus der Natur der Begünstigung, sondern aus dem Anklageverfahren des älteren deutschen Processes (vergl. oben unter II.).

Mit der Frage nach der Begünstigung eines Verbrechers steht im nahen Zusammenhange die nach der Denunciationspflicht. Einzelne Andeutungen dafür, daß man eine solche Pflicht gekannt habe, finden sich in den Quellen. Mögen dieselben anhangsweise hier einen Platz finden, obwohl die sehr geringe Anzahl derselben kaum zur Aufstellung irgend welcher allgemeinen Grundsätze Veranlassung geben dürfte. Gosl. Stat. Holt en man enne misdadighen man up in sineme huse, de scal it deme voghede kündighen so he erst mach: lete he dat benachten, dar mot he deme voghede umme wedden. Diese Stelle erklärt sich in folgender Weise. Nach den Grundsätzen des Gosl. Stat. würde derjenige, welcher einen Verbrecher in seinem Hause beherbergt, nicht mit der einfachen Gewettezahlung abkommen, wenn das Beherbergen in der Absicht geschah, den Verbrecher der Strafe zu entziehen. Aber selbst wenn diese Absicht nicht vorhanden wäre, wenn vielmehr der Beherbergende die Absicht hätte, den Verbrecher dem Gerichte zu überliefern, so würde das Gewedde doch verwirkt sein, wenn die Ueberlieferung selbst oder statt derselben eine Anzeige bei dem Vogte nicht im Laufe desselben Tages geschieht. Von einer Begünstigung kann hier nicht die Rede sein, denn es fehlt dazu die erforderliche Absicht. Das Gewedde ist eine Strafe für die zu spät erfolgte Anzeige oder Ueberlieferung.

Bremisches Recht Antiqua 1428 IV. 33. (Oelrichs S. 394.) Wurde yenich unser borghere rovet he si arm ofte rike de scal dat to hant den radmannen kundeghen

welkere he vint so scolet de radmanne tho hant dar umme to samende komen unde scullen truweliken helpen deme dat gescheen is. dat id wedder dan werde de radmanne moghen dat ock vervolghen dar id en nutte duncket to den ghennen de se hold edder de ere helpere sin. En schut en dar nicht af mynne ofte recht so scolen eme helpen de radmanne und sine vrund dat men dat wedder do schut dar een pandinge van mit den panden scal men nicht don men bi rade der radmanne.

Obwohl in dieser Stelle die Denunciation eines begangenen Verbrechens, des Raubes, gefordert wird, so möchte ich doch Bedenken tragen, dieser Stelle eine umfänglichere Bedeutung zur Begründung einer allgemeinen Denunciationspflicht zu geben. Wenn nämlich auch die Denunciation gefordert wird, so werden doch keine Nachtheile für den Fall angedroht, daß die Denunciation nicht geschieht. Und wenn wir, abgesehen von der verlangten Denunciation, auf den ganzen Inhalt der Stelle eingehen, so wird in der That mehr von der Verpflichtung der obrigkeitlichen Behörde als von irgend einer Verpflichtung des Verletzten gesprochen. Außerdem ist es ein Grundsatz des älteren Rechtes, daß es von dem Verletzten abhängt, ob er durch Anstellung der Klage eine Verfolgung des an ihm begangenen Verbrechens veranlassen will. Erwägt man endlich noch, daß die angeführte Stelle vom Jahre 1428 ist, so dürfte sich folgende Auffassung als die richtige ergeben. Es wird durch die Stelle eine Abweichung hinsichtlich der processualischen Maxime gegenüber dem älteren Rechte angebahnt, indem die Amtsthätigkeit, das Verfahren ex officio bei einem begangenen Raube geregelt wird. Freilich will man der Obrigkeit noch nicht das Recht des ersten Angriffes zugestehen; dieses bleibt vielmehr bei der Person des Verletzten; die Obrigkeit hat die Anstellung der Klage abzuwarten. Damit es aber an der Voraussetzung zur Amtsthätigkeit der Obrigkeit nicht fehle, wird dem Verletzten die

Anzeige geboten, aber freilich bleibt diese dem älteren Rechte zuwiderlaufende Bestimmung auch auf halbem Wege stehen, indem zwar das Gebot ausgesprochen, die Nichtbefolgung des Gebotes aber an keine Strafe geknüpft ist.

Denunciationspflicht für den Mitbewohner eines Hauses wird begründet durch eine Stelle des Bremischen Rechts: Nova 1433. Worde en mynsche slaghen bynnen enes mannes were. id were man ofte wif. dat scolden to hant kundegen de in den weren is myt eneme tyodute synen negesten naburen. dede he des nicht. he scolde id der stat beteren myt teyn marken. Obwohl hier eine Strafe für denjenigen ausgesprochen wird, welcher ein in seiner Gegenwart begangenes Verbrechen unbeachtet läßt, so liegen doch die Gründe nahe, weswegen auch dieser Stelle des Bremischen Rechts eine allgemeinere Bedeutung abgesprochen werden muß. — Zunächst tritt uns der Umstand entgegen, daß diese Stelle aus dem Jahre 1433 herrührt, so daß sie zu jung erscheint, um aus ihr etwas zu entnehmen, was für die Zeit der Rechtsbücher allgemeine Geltung gehabt hätte. Sodann bezieht sie sich nur auf ein einziges Verbrechen und endlich ist zwar von einem kundegen die Rede, aber dieses kund machen besteht nicht sowohl in dem Verkündigen bei dem Richter als in dem Kündigen der Nachbarschaft gegenüber durch die Erhebung des Gerüftes. Wollten wir daher der Stelle auch eine erweiterte Bedeutung zuerkennen, so würde dieses höchstens durch folgenden Satz geschehen: Wer wahrnimmt, daß ein Verbrechen begangen wird, hat nicht blos das etwa von dem Verletzten erhobene Gerüfte zu unterstützen — (denn dies wird überall ganz allgemein gefordert) —, sondern außerdem noch die Pflicht, auch selbständig das Gerüfte zu erheben und die Verfolgung des Verbrechers durch Gerüfte zu bewirken.

Ein förmliches Verbot der Denunciationen enthält im Gegensatze zu den voraufgehenden Stellen das Dithmarsche Recht

1447 §. 24. (Michelsens Uebersetzung) „Wenn jemand einen Mann bei den Probsten oder Prälaten oder Officialen denuncirte, abgesehen davon, daß ihn die Schließer und Geschwornen und die Eidgeschwornen von Rechtswegen vor seinem Sendgerichte denunciren sollen, wer das thäte, der soll an unser Land 60 Mk. lüb. verbrochen haben, und alles was daraus entsteht und entstehen mag, das sollen er und die Seinigen ersetzen.“ — Diese Stelle weist uns aber darauf hin, wo wir die dem älteren deutschen Rechte eigenthümliche Denunciationspflicht zu suchen haben. Statt der Denunciationspflicht des modernen Rechts hatte das ältere Recht die Rügepflicht. Diese ergänzte inquisitorisch den Anklageproceß; nachdem aber der ganze Strafproceß inquisitorisch geworden, sollte füglich nicht mehr von einer Rügepflicht oder Denunciationspflicht von Privatpersonen mit Bezug auf bereits begangene Verbrechen die Rede sein.

§. 20.

Hehlerei.

Die Begünstigung mit Bezug auf den Vortheil, welcher für den Thäter aus dem begangenen Verbrechen hervorgegangen ist, erwähnen unsere Quellen nur bei Gelegenheit des Diebstahls und des Raubes. Es rechtfertigt sich aus diesem Grunde, wenn im Gegensatz zu der Begünstigung des Verbrechers hier ausschließlich von der Hehlerei gehandelt wird.

Um den Thatbestand und die Strafe der Hehlerei festzustellen, sind zweckmäßig einzelne Quellenstellen vorauszuschicken:

Ssp. II. 36 §. 1. Die düve hudet oder rof, oder emanne mit helpe dar to sterket, werdet si des verwunnen, man sal over sie richten als over jene.

Ssp. II. 36 §. 1. Sve so over den anderen dach sine düve oder sinen rof under enen manne vint, die dat openbare

gekoft hevet unde unhalinge gehalden hevet, unde des getüch hevet, den ne mach man nener hanthaften dat sculdegen, al vinde die man die düve under ime, he ne hebbe vor sin recht verloren. Wan mit des richteres orlove mut he sin gut wol anevangen mit rechte.

Verm. Ssp. IV. 42. 21. Koufft eyner vorstoln adder roubit gud adder gegeben, lest her daz usz sinen gewern, er her is under ome angefanget wert; do en darf her keyne nod umbe liden, tar her sinen eyd dorczu thun, daz her czu der czit, do her is koufte adder om gegeben wart, nicht en woste, ab is gestoln adder geroubet wer.

Gosl. Stat. S. 39. Z. 34. Wer en gut vorstolen, it si welkerleye dat si, vraghet men dar umme dar men sich des vormodet, it si en kersten oder en iode, vorseket he des, so is he sculdich an der düve of men des boven ine kumt. Werd it ime seder dat he dar umme ghevragetet is, dat scal he openbaren deme de ine dar umme vraghede: ne mach he des nicht hebben oder ne wet he nicht we de is, so kündighe he dat deme voghede unde deme rade. Ne deyt he des nicht, so ist he aver sculdich an der düve, of men des boven ine kumt, dat he it in sinen weren hebbe. Sprikt he aver it si ime unwitlich, he wille alle sine slot öpenen unde staden to sökende, vint men dat wol, dat ne scadet ime to sinen eren nicht noch to sineme rechte nicht.

Gosl. Stat. S. 87. Z. 29. We enne tyet dat he sin vordüvede gut in sinen weren hebbe oder sin rovede gut, des mot he bekennen oder versaken. Vorsaket he des unde kumt men des boven ine, so is he sculdich an der düve; bekant he des, he mot dat weder don vnde weder gheven: dat he dar umme gaf, dat hevet he vorlorn.

Gosl. Stat. S. 87. Z. 34. Koft en vorstolen gut oder gherovet oder wert it eme ghegheven, let he dat ut sinen

weren, er it under eme gheanevanghet oder beklaghet oder besat werde, dar ne darf he nene not umme liden, efte he dar sin recht to do dat he to der tyd do he dat kofte oder eme ghegheven wart, nicht ne wiste dat it vorstolen oder gherovet was.

Görlitzer Recht 1304 art. 82. Von dube die in eines mannes houe liet. In welches mannes huse oder houe. ein dube gwnden wirt. der vmbesprochen is an sime rechte. der wirt scol iz blieben ane shaden. torste her daz vffe den heilegen gerichte. daz iz ane sine wizzenshaft dar in comen sie. Wirt abir die dube in sime kelre. oder in sineme kasten. oder in sineme korngademe oder irgen binnen sinen beslozzenen weren gwnden. den sluzzel treger shal man habben vor einen dieb. iz en si danne ein also getan dube. die man zu einem venstere in gewerfen moge.

Lübisches Recht III. 397. Van roueden gude vnn vorstoleme dat en man openbare heeft. So we ouer den anderen dach offte ouer den drudden duue off rouff de eneme nomen is vnder deme anderen vyndt de dat offenbare gecoft heft vnn vnhelinghe heeft denne machmen nene hantdaftighen schuldigen vnde he des tuch heeft Spreke ouer en man dat he dat ghecoft hedde vppe dem setten markede he ne wete wedder wene so is he der duue vntschuldich dat schal he sweren vnde he verlust syne penninghe de he dar vmme gaff vnde de andere schal tughen mit guden luden dat dat gut syn sy vnde schal sweren allene dat yd eme aff gherouet sy offte gestolen Secht he ouer dat yd eme gegheuen sy so schal he sinen warent mede bringhen vnn vore bynnen XIIII daghen vnde ne deyt he des nicht de schade is syn vnde he is des gutes en deff.

I. Der Thatbestand der Hehlerei ist nach diesen Quellenzeugnissen vorhanden, wenn jemand eine gestohlene oder ge-

raubte Sache sich aneignet, obwohl er weiß, daß dieselbe gestohlen oder geraubt ist.

Dieser Thatbestand ist in seine einzelnen Momente zu zerlegen.

1) Eine gestohlene oder geraubte Sache. Uebereinstimmend bezeichnen sämmtliche angeführten Quellen die gestohlene oder geraubte Sache als Objekt der Hehlerei. Unter der gestohlenen Sache werden wir auch die durch diebliches Behalten erlangte mitrechnen dürfen. Der Ssp. bezeichnet ja auch als diuvech eine solche Sache, welche, wenn sie auch undüflike und unroflike aus der Gewer des Berechtigten gekommen ist, in dieblicher Weise behalten wird (Ssp. II. 27 §. 1. II. 29). — Beim ersten Anblick könnten wir in Verm. Ssp. IV. 42. 21 in den Worten: Koufft eyner vorstoln adder roubit gut adder gegeben einen direkten Beweis dafür erblicken, daß auch die unterschlagene Sache ein Objekt der Hehlerei bildet. Denken wir uns, daß Dienstboten beispielsweise, die ihnen zum Gebrauch gegebenen Sachen verkauften, so würde derjenige, der diese Sachen kauft, gegebene Sachen gekauft und an denselben sich der Hehlerei schuldig gemacht haben. Aber die angeführte Stelle des Verm. Ssp. ist jedenfalls nicht genau gefaßt, wie eine Vergleichung mit Gosl. Stat. S. 87. Z. 34 und Lübischem Recht III. 397 darthut. In diesen Stellen heißt es nämlich: Koft en vorstolen gut oder gherovet oder wert it eme ghegheven — Lübisches Recht — Secht he ouer dat yd eme gegheuen sy — woraus denn zu entnehmen ist, daß auch das gegeben des Verm. Ssp. nicht auf die Art und Weise zu beziehen ist, wie derjenige die Sache erlangte, der sie dem Hehler überlieferte, sondern daß dieses Wort vielmehr auf die Erwerbsart zu beziehen ist, durch welche der Hehler selbst in den Besitz der auf unrechtmäßige Weise erlangten Sache kam. Es bildet das gegeben einen Gegensatz zum Kaufen. — Wenn nun aber auch ein direkter Beweis aus den Quellen dafür nicht beigebracht werden

kann, daß auch unterschlagene Sachen das Objekt der Hehlerei gebildet haben, so darf dieses doch dem ganzen Geiste der Quellen gemäß aus den oben angeführten Gründen geschlossen werden.

2) Das Aneignen einer gestohlenen oder geraubten Sache. Die Quellen bezeichnen nur diejenigen Thatsachen, aus welchen auf die stattgehabte Aneignung geschlossen werden kann — die düve hudet oder rof — Ssp. II. 13. 6. — Sve sine düve oder sinen rof under enen manne vint — Ssp. II. 36 §. 1, Lübisches Recht III. 397. — men kumt des boven ine (nämlich den Hehler) dat he it (das gestohlene oder geraubte Gut) in sinen weren hebbe — Gosl. Stat. S. 39. Z. 34. S. 87. Z. 29. — In welches mannes huse oder houe. ein dube gwnden wirt — oder es wird die gestohlene Sache gefunden in sineme (des Hehlers) kasten, korngademe oder irgen binnen sinen beslozzenen weren — Görlitzer Recht art. 82. — Dies alles enthält an sich noch nichts weiter als die Vermuthung, daß derjenige, welcher eine Sache in irgend einer Weise in seinen Geweren hat, auch die Sache sich angeeignet haben werde. Diese Präsumtion kann aber widerlegt werden. Betrachten wir beispielsweise Gosl. Stat. S. 39. Z. 34. — Es findet bei jemandem Nachfrage nach einem gestohlenen Gute statt. Der Befragte hat dasselbe nicht, erhält es aber später. Der Umstand, daß er das gestohlene Gut dann zeitweilig in seiner Gewere hat, würde nicht genügen, ihn der Hehlerei zu beschuldigen. Zeigt der Empfänger des gestohlenen Gutes dem Vogt den Empfang desselben an, so bleibt er von jeder Strafverfolgung frei. Also nicht die nackte Thatsache, daß man ein gestohlenes Gut in seinen Geweren hat, gehört zum Thatbestande der Hehlerei, sondern man muß die betreffende Sache in seinen Geweren haben, um dieselbe für sich zu behalten. — So liegt die Thatsache, daß eine gestohlene Sache sich in der Gewer eines anderen befindet, auch dann vor, wenn der Eigenthümer von Haus und Hof von der Anwesenheit der gestohlenen Sache

nichts weiß. Aber wer sich eine gestohlene Sache aneignen, mit Bezug auf dieselbe den animus rem sibi habendi haben will, muß jedenfalls von der Existenz derselben Kenntniß haben. Wenn nun die Quellen sagen, daß derjenige, welcher von dem Vorhandensein einer gestohlenen Sache in seinen Geweren nichts weiß, wegen Hehlerei nicht in Anspruch genommen werden dürfe, so folgt auch hieraus, daß die nackte Thatsache, eine Sache in seinen Geweren zu haben, für den Thatbestand der Hehlerei nicht ausreichend ist, wenn nicht mit der Thatsache des Habens die Absicht des Behaltens verbunden ist. — Aus diesen Gründen durfte als Moment der Hehlerei das Aneignen einer gestohlenen oder geraubten Sache bezeichnet werden. — Freilich ist das Aneignen, das Behalten nicht in dem Sinne zu verstehen, daß man die betreffende Sache dauernd für sich behalten will, vielmehr genügt es schon, wenn das Aneignen nur zu dem Zwecke stattgefunden hat, um die Sache auch nur vorübergehend zu behalten. Das Aneignen hat bei der Hehlerei keinen weiteren Umfang als bei dem Diebstahl. Als Beweis für das eben Gesagte ist anzuführen Gosl. Stat. S. 87. Z. 34. Verm. Ssp. IV. 42. 21, aus welchen Stellen zu entnehmen ist, daß an und für sich der Umstand, die erlangte Sache aus seinen Geweren entfernt zu haben, noch nicht von der Anschuldigung der Hehlerei befreit.

3) Kenntniß, daß die betreffende Sache gestohlen oder geraubt ist. Die Quellen verlangen diese Kenntniß in dem Augenblick des Erwerbes der gestohlenen oder geraubten Sache. Findet der Erwerb in gutem Glauben statt, so würde die später erlangte Kenntniß davon, daß die Sache gestohlen oder geraubt ist, den jetzigen Besitzer derselben nicht zu einem Hehler machen. Den Beweis hiefür enthalten Verm. Ssp. IV. 42. 21 und Gosl. Stat. S. 87. Z. 34. Nach diesen Stellen ist derjenige, der ein gestohlenes Gut kaufte und dasselbe bei Seite schafft, verkauft, veräußert, obwohl er während der Dauer seines Besitzes erfuhr, daß

die von ihm gekaufte Sache von seinem Verkäufer in verbrecherischer Weise erlangt worden, dennoch nicht wegen Hehlerei in Anspruch zu nehmen. Denn sucht man die gestohlene Sache bei ihm, so hat der in Anspruch Genommene nur zu beschwören, daß er zu der Zeit als er die Sache kaufte oder sie ihm gegeben wurde, nichts von dem unredlichen Erwerbe derselben gewußt habe. Wir sehen hieraus, daß zur Hehlerei zwar Kenntniß von dem verbrecherischen Ursprunge der erlangten Sache gehört, daß aber nicht jede Kenntniß genügt, sondern nur die bei Erwerbung der Sache vorhandene Kenntniß die Hehlerei begründet[25]).

Diese Kenntniß braucht indessen nicht in allen Fällen direkt erwiesen zu werden, vielmehr genügt es auch, wenn nur Indicien vorliegen, aus welchen geschlossen werden kann, der zeitige Besitzer habe gewußt, daß er eine unredlich erworbene Sache sich aneigne. Als derartige Indicien werden in den Quellen folgende bezeichnet:

a. Das heimliche Erwerben der Sache. Wer eine Sache offenbar kauft, vor Zeugen, auf offenem Markte, den darf man nicht wegen Hehlerei beschuldigen. (Ssp. II. 36 §. 1, 4. Lübisches Recht III. 397.)

b. Das heimliche Halten einer erworbenen Sache. Wer eine Sache unverhohlen hält (Ssp. II. 36 §. 1; Lübisches Recht III. 397), wer, wenn man ihn um ein gestohlenes Gut befragt, das Vorhandensein desselben in seinen Geweren entweder ohne Weiteres zugiebt (Gosl. Stat. S. 87. Z. 29) oder das Nachsuchen nach demselben rückhaltslos gestattet (Gosl. Stat. S. 39. Z. 34), wenn er meint, daß die gestohlene Sache ohne sein Wissen in seine Gewere gekommen sein könnte, den darf man

25) Dasselbe folgt auch aus Gosl. Stat. S. 39. Z. 34. Derjenige nämlich, welcher die gestohlene Sache empfängt, nachdem man dieselbe bei ihm gesucht, weiß zu der Zeit, wo er sie empfängt, daß die Sache gestohlen ist.

wegen Hehlerei nicht bestrafen; während andrerseits derjenige, der den Besitz der gestohlenen Sache ableugnet (Gosl. Stat. S. 39. Z. 34) oder dieselbe hinter Schloß und Riegel den Nachforschungen zu entziehen trachtet (Görlitzer Recht art. 82), einem Diebe gleich behandelt wird.

c. Das Beiseiteschaffen einer Sache, hinsichtlich deren die Anevangsklage angestellt wurde. (Verm. Ssp. IV. 42. 21. Gosl. Stat. S. 87. Z. 34.)

d. Die Weigerung dessen, gegen den die Anevangsklage erhoben ist, als Verklagter vor Gericht zu erscheinen. Ssp. II. 36 §. 2. Wil aver jene sin gut weren ime, er it vor dat richte kome, so bidde he ine weder to keren vor gerichte; weigeret he des, he scrie ine dat gerüchte an unde gripe in an vor sinen dief, also of die dat hanthaft si, wende he sik scüldich hevet gemaket mit der vlucht. Kumt aver jene willes vor gerichte, he sal sik underwinden sines gudes to rechte.

e. Die Rechtlosigkeit dessen, bei dem eine gestohlene oder geraubte Sache gefunden wird. Die Ausdrücke des Ssp. II. 36 §. 1 — he ne hebbe vor sin recht verloren — oder des Görlitzer Rechts art. 82 — der umbesproken ist an sime rechte — sind nicht blos darauf zu beziehen, daß die Rechtlosigkeit nur in Folge einer Verurtheilung wegen Hehlerei entstanden sei, so daß wir bei der Rechtlosigkeit an den Rückfall in der heutigen Bedeutung des Wortes zu denken hätten. Denn abgesehen davon, daß die Worte der Quellen selbst eine derartige Beschränkung nicht rechtfertigen würden, ist hier gleich im Voraus darauf aufmerksam zu machen, daß im älteren deutschen Rechte der Rückfall nicht blos durch die Vorbestrafung wegen des gleichen Verbrechens, sondern durch jede Vorbestrafung gebildet wird.

f. Nach den Schlußworten der Stelle des Lübischen

Rechts III. 397 — Secht he over dat yd eme egheuen sy so schal he synen warent mede bringhen vnn vore bynnen XIIII daghen vnde ne deyt he des nicht de schade is syn vnde he is des gudes en deff — würde man berechtigt sein als Indicium der Hehlerei auch den Umstand anzuführen, daß jemand nicht im Stande sei, seinen Geweren herbeizuschaffen. — Wir müssen indessen anstehen, diesen Worten eine weitere Bedeutung beizulegen. Lübisches Recht III. 397 ist im Wesentlichen eine Ueberarbeitung von Ssp. II. 36. In dieser Quelle wird aber §. 5 l. c. folgendes bestimmt: Wert aver ime burst an' me geweren, he mut dat gut mit gewedde unde mit bute laten: — die Gewedde und Bußzahlung erklärt sich hinlänglich daraus, daß der Verklagte sich auf einen unrichtigen Geweren bezogen hat — unde tiet man ime düves oder roves dar an, des mut he sik untscüldegen na rechte — so daß also die Thatsache selbst, daß jemand einen falschen Geweren angegeben, noch nicht die Begründung der Hehlerei enthält, wie dieses beispielsweise bei dem Verheimlichen der gestohlenen Sache der Fall ist, sondern erst für den Kläger die Veranlassung abgiebt, die anfänglich bürgerlich angestellte Klage in eine peinliche zu verwandeln.

II. Strafe der Hehlerei. Für Hehlerei bestimmen die Quellen übereinstimmend dieselbe Strafe wie für das begünstigte Verbrechen[26]). Der Hehler einer gestohlenen Sache erleidet die Strafe des Diebstahls, der Hehler einer geraubten Sache die Strafe des Raubes. Direkt ist dieses ausgesprochen durch Ssp. II. 13 §. 6. Andere Stellen wählen eine Umschreibung, indem sie sagen, man solle den Hehler für einen Dieb, einen Räuber ansehen, ihn ebenso behandeln. Dies thun Gosl. Stat. S. 39. Z. 34. S. 87. Z. 29 — he is sculdich an der düve. — Gör-

---

26) Die einzige hievon abweichende Stelle: Friderici II const. pacis (1235) cap. 14 vergl. unten im sechsten Abschnitt.

litzer Recht art. 82 — den sluzzel treger shal man habben vor einen dieb — Lübisches Recht III. 397 — he is des gudes en deff — Ssp. II. 36 §. 5 — tiet man ime düves oder roves dar an —.

III. Restitutionspflicht der gestohlenen oder geraubten Sache. Von der Regel, daß derjenige, bei welchem eine gestohlene oder geraubte Sache gefunden wird, dieselbe dem Eigenthümer unentgeltlich zurückerstatten müsse, und nur einen Regreßanspruch an seinen Autor habe (Ssp. II. 36 §. 5. Lübisches Recht III. 397), findet sich nur eine Ausnahme für die Juden, welche gestohlenes Gut als Pfand angenommen haben. Verm. Ssp. III. 17. 3. Der iodde sal nicht by nacht lien, noch vor deme ufgange der sunnen, noch nach dem undergange der sunnen. Der iodde sal nicht lien vorsprochen luten, also diben adder roubern; wo sy den lien heymelich, wert dy diphеyt adder roublich gud under on funden, daz mussen sy ledig weddergeben mit gewette, unde wert rechtelos under den iodden unde cristen.

Verm. Ssp. III. 17. 4. Waz der iodde uffenbar liet uff phand, sy sin gestoln adder geroubet, ab dy wol in siner gewer funden werden, unde he or nicht vorlouckent, doch so vorlust her nicht sine phenninge dorane. Loukent er aber des dubigen gutes, so vorlust er siner pfenninge daran; man mac in auch czu einem mitheler czelen, unde vorluset iudisch recht und alle recht, dy von keysern und fursten in geben sint.

Aus diesen Stellen folgt: Der Jude darf auf Pfänder leihen und ist selbst dann nicht verpflichtet, die verpfändete Sache unentgeltlich zurückzuerstatten, wenn dieselbe auch gestohlen oder geraubt sein sollte. Dieses Recht verliert aber der Jude, wenn er zur Nachtzeit, oder übelberüchtigten Leuten leiht, oder wenn er die ihm zum Pfande gegebene Sache verheimlicht. Die Kenntniß davon,

daß er auf gestohlene Sachen leiht, scheint auf den Anspruch des Juden, das auf die verpfändete Sache geliehene Geld zurückfordern zu dürfen, einflußlos gewesen zu sein (III. 17. 4 — sy sin gestoln adder geroubit —). Die Strafbarkeit des Juden und seine Verpflichtung zur unentgeltlichen Herausgabe entsteht vielmehr, wenn er bestimmten polizeilichen Geboten zuwiderhandelt, oder wenn er die bei ihm verpfändete Sache verheimlicht, so daß sich annehmen läßt, es komme ihm weniger auf die Rückerstattung des erhaltenen Geldes als auf die Sache selbst an, welche ihm einen größeren Vortheil gewährt, falls sie nicht eingelöst werden sollte.

Diese eben ausgesprochene Ansicht dürfte durch Gosl. Stat. S. 39. 26 ff. unterstützt werden. Wert gut vorstolen, welkeme iuden men dat weten let unde eme de düve benömt wert unde dar umme ghebeden wert, de ne scal dar nicht mer up don denne dat verde del dat dat gut ghelden möchte, of men dat vorköpen sculde. Det he dar mer up, dat dar boven is dat heft he vorlorn, oder he mot sin recht dar to don dat he sine penninghe oder sin ghelt dar up hedde ghedan er it ime ghekündighet worde, oder dat eme dar af nicht to wetene ne were dan, dat he dar so sculde bi varen. — Also den vierten Theil des Werthes der gestohlenen Sache darf der Jude selbst dann noch fordern, wenn ihm mitgetheilt wurde, eine so und so beschaffene Sache sei gestohlen und werde muthmaßlich bei ihm verpfändet werden. Diese Mittheilung hindert ihn nur, eine größere Summe gegen Verpfändung der gestohlenen Sache hinzugeben, ohne dabei einen Verlust befürchten zu dürfen. Er kann schwören, die gestohlene Sache schon früher in Pfand genommen zu haben, ehe ihm die specielle Mittheilung von dem Diebstahle gemacht sei, er kann schwören, daß ihm überhaupt keine derartige sein Verfahren regelnde Mittheilung zugekommen sei; leistet er den einen oder den anderen Schwur, so kann er die volle Summe zurückver-

langen, die er für die gestohlene Sache gegeben. Daß er auch schwören müsse, zu der Zeit, da er die gestohlene Sache acquirirte, nichts davon gewußt zu haben, daß sie gestohlen sei, davon wird nirgends etwas gesagt.

IV. Vorkehrungen polizeilicher Art gegen die Hehlerei. Die polizeilichen Vorkehrungen, welche sich auf die Juden beziehen, sind schon zum Theil oben durch Anführung des Verm. Ssp. III. 17. 3. angedeutet worden. Der Jude soll danach weder zur Nachtzeit noch an übelberüchtigte Personen gegen Pfand ein Darlehn geben, weil die Vermuthung nahe liegt, daß eine unter solchen Umständen verpfändete Sache auf unredliche Weise in den Besitz des Verpfänders gekommen sei. — Außerdem ist noch hinzuzufügen, daß einzelne Gegenstände von den Juden gar nicht zum Pfande genommen werden dürfen oder wenigstens von dem Juden einem Christen zur Aufbewahrung übergeben werden sollen. Als derartige Gegenstände werden Verm. Ssp. III. 17. 5 genannt: blutigk gewant, kelche, bucher dy zcu gotishusern gehorn, adder messegewant, adder tweln. Werden dieselben aber beim Juden verpfändet, so soll er dieselben nicht in seine Gewere nehmen, sondern befeln dy offenbar in eynes cristen mannes gewern; do sal der iodde zcu nemen czwene cristen unde eynen iodden, dy eynes guten lumundes sin, zcu geczogen. — Es liegt auf der Hand, daß das Verbot für den Juden, Gegenstände, welche zum christlichen Kultus gehören, in seiner Gewer zu haben, durch die Annahme veranlaßt ist, derartige Sachen würden in dem Hause eines Juden entweiht werden. Aber um einer derartigen Entweihung vorzubeugen, würde es genügt haben, einfach die Ablieferung derartiger Gegenstände in christliche Hände anzuordnen. Doch damit begnügt sich die hier mitgetheilte Vorschrift nicht; es wird vielmehr verlangt, daß die Ueberlieferung an den Christen offenbar geschehe, daß weiter Zeugen und zwar drei Zeugen dabei gegenwärtig sein sollen; dies alles sind Vor-

kehrungen, durch welche kaum etwas anderes bezweckt werden konnte, als den Juden dazu zu zwingen, ehrlich zu handeln, wenn er derartige Gegenstände zum Pfande nahm.

Uebrigens würde ich kein Bedenken tragen, den eben angeführten polizeilichen Vorkehrungen eine etwas allgemeinere Bedeutung zu geben. Juden waren am häufigsten diejenigen Personen, welche gegen Pfänder Geld liehen. Daher finden wir sie in den Quellen ausschließlich genannt. Hätte aber ein Mitglied einer anderen Confession jüdische Geschäfte gemacht, so würden wohl zweifellos dieselben Bestimmungen Platz gegriffen haben. Es kommt eben nicht auf die Confession an, sondern auf die Art des Geschäftes, die gewöhnlich mit der jüdischen Confession verbunden zu sein pflegt.

Bedeutsamer indessen, als die eben angeführten, ist noch die Bestimmung des Ssp. III. 4 §. 2. Sve so kopinge bekant, die sal durch recht gewere wesen des he verkoft hevet; wende he is dief oder dieves genot, die der kopinge bekant unde der gewere besakt, he ne hebbe sie utgesceiden mit getüge, do he sie verkoufte. Der Verkäufer, der die von ihm verkaufte Sache redlich erworben hat, wird in den meisten Fällen seinem Käufer den ungestörten Besitz gewährleisten können. Dazu ist er also auch der Regel nach verpflichtet. Will er dieser Verpflichtung nicht nachkommen, so wird gegen den Verkäufer angenommen, er habe die verkaufte Sache als Dieb oder Diebsgehülfe erworben. Allerdings können auch Fälle vorkommen, wo trotz des von dem Verkäufer bewirkten redlichen Erwerbes derselbe dennoch nicht Lust hat, die Gewährleistung zu übernehmen. Auf diese Möglichkeit nimmt der Ssp. Rücksicht. Man kann sich der Verpflichtung, die Gewähr für die gekaufte Sache zu leisten, entziehen; thut man es aber, so muß man es unter Zuziehung von Zeugen thun. — Es bedarf keiner näheren Begründung, wie sehr durch diese Vorschrift der Verkauf gestohlener Sachen erschwert werden mußte; denn jeder redliche

Käufer wird von dem ihm zustehenden Rechte Gebrauch gemacht haben, sich von seinem Käufer die Gewähr leisten, oder dieselbe wenigstens vor Zeugen ausschließen zu lassen.

§. 21.

Schlußbetrachtungen über die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen.

Um die Art und Weise zu verstehen, wie unsere Quellen die Theilnahme mehrerer an einem Verbrechen behandelten, sind zwei Fragen zu beantworten: I. Nach welchen Grundsätzen wird die Bestrafung der Theilnahme geregelt und II. wird die Theilnahme als selbständiges Verbrechen behandelt, oder wird die Strafbarkeit des Theilnehmers von der Strafbarkeit des Thäters abgeleitet? —

Das Material zur Beantwortung dieser Fragen ist in der vorausgehenden Darstellung gegeben.

I. Nach welchen Grundsätzen wird die Bestrafung der Theilnahme geregelt? — In der vorhergehenden Darstellung ergaben sich im Einzelnen folgende Sätze:

1) Der Folger wird wie der Thäter bestraft. (§. 16. IV.)

2) Der Gehülfe wird wie der Thäter bestraft. (§. 17.)

3) Der Anstifter wird ebenso gestraft wie der Angestiftete. (§. 18. No. 2.)

4) Der Begünstiger unterliegt denselben Strafbestimmungen wie der Begünstigte. Dies ist wenigstens die Regel. Einzelne Ausnahmen, theils mit Bezug auf einzelne Quellen, theils mit Bezug auf eine einzelne Art der Begünstigung sind neben der Regel angeführt worden. (§. 19.)

5) Der Hehler wird ebenso gestraft wie der Dieb, wenn die verheimlichte Sache gestohlen und ebenso wie der Räuber, wenn dieselbe geraubt wurde.

Aus diesen Sätzen kann eben nur folgende Regel gezogen werden: Der Theilnehmer wird ebenso gestraft wie der Urheber. Von dieser Regel sind nur einzelne Ausnahmen für die Begünstigung des Verbrechers anzuerkennen.

Soll indessen diese Regel nicht mißverstanden werden, so müssen wir festzustellen suchen, welchen Inhalt dieselbe hat. Denn wenn auch das ältere deutsche Recht sagt, der Theilnehmer sei ebenso zu bestrafen wie der Urheber, so ist damit nicht behauptet, daß der Satz auch richtig ist, wenn wir die Begriffe der Theilnahme und der Urheberschaft, wie wir dieselben heute benutzen, in das ältere deutsche Recht hineintragen. — Um nämlich gleich von vorne herein auf den Gegensatz aufmerksam zu machen, so bedeutet der Satz: Der Theilnehmer ist wie der Urheber zu strafen, — durchaus nicht so viel als: Alle, welche sich bei der Ausführung eines Verbrechens betheiligen, sind mit der nämlichen Strafe zu belegen.

Es wurde nämlich oben (§. 15. 16. 17) die Ansicht entwickelt, daß derjenige, welcher durch seine Thätigkeit einen schädlichen Erfolg herbeigeführt habe, als Thäter aufgefaßt sei; wogegen der Begriff der Beihülfe darauf beschränkt blieb, daß der Gehülfe selbst keinen schädlichen Erfolg verursachte, sondern nur den des Thäters ermöglichte, unterstützte. Betheiligten sich also mehrere Personen bei der Ausführung eines Verbrechens, so wurden dieselben zunächst in folgende beiden Kategorien gesondert: 1) Personen, welche selbst eine Rechtsverletzung — einen Schaden — durch ihre Thätigkeit herbeiführten und 2) Personen, welche die Thätigkeit der ersteren unterstützten, selbst aber unmittelbar keinen Schaden thaten — Gehülfen. — Die Thäter werden verschieden gestraft, je nach der Größe der von ihnen bewirkten Rechtsverletzung; und ebenso werden auch die Gehülfen verschieden gestraft, obwohl die hier möglicherweise vorkommenden Strafen bereits bestimmt sind durch die für die Thäter ausgesprochenen Strafen, da jeder Gehülfe mit der Strafe desjenigen Thäters belegt wird, dem seine

Hülfe galt. — Also verschiedenartige Bestrafung der mehreren bei einem Verbrechen betheiligten Personen konnte ganz wohl eintreten, obwohl der Gehülfe ebenso wie der Urheber bestraft wurde. — Aber diese ganze dem älteren Rechte zu Grunde liegende Auffassung gilt nicht mehr für das heutige Recht. Heute bezeichnen wir als Thäter denjenigen, der in seinem eigenen Interesse eine Rechtsverletzung unternimmt, auf den objektiven Erfolg seiner Handlung kommt es dabei nicht an, denn der Thäter kann auch in dem Stadium des Versuchs stehen bleiben; Gehülfe dagegen ist derjenige, der im Interesse eines anderen, des Thäters, den rechtsverletzenden Erfolg zu ermöglichen strebt, wobei es denn wiederum mit Bezug auf den Begriff gleichgültig ist, wie viel Erfolg objektiv die Handlung des Gehülfen hatte. Die Unterscheidung zwischen Thäter und Gehülfen liegt im älteren Recht in dem objektiven Moment — hat die betreffende Person Schaden gethan oder nicht? — in dem heutigen Strafrechte ist diese Unterscheidung in dem subjektiven Moment begründet — handelte eine bestimmte Person in ihrem eigenen Interesse oder in dem Interesse einer anderen?

Es leuchtet ein, daß für die Lehre von der Beihülfe das ältere Recht nicht zur genügenden Durchbildung gekommen ist, weil das subjektive Moment der That nicht ausreichend berücksichtigt wurde[27]). Es ist aber auch nach der voraufgehenden Darstellung deutlich, wie wir mit Bezug auf die Beihülfe einerseits sagen können, das ältere deutsche Recht strafte den Gehülfen nicht ebenso wie den Thäter — wenn wir nämlich den Ausdruck Gehülfe in der heu-

27) Uebrigens bedarf es kaum der Erwähnung, daß das subjektive Moment nur in soweit bei der Theilnahme unberücksichtigt blieb, als dies in den Worten des Textes ausgesprochen ist. Sonst mußte jede Handlung, welche in irgend einer Weise als Theilnahme aufgefaßt werden sollte, absichtlich begangen sein, und der Satz „der Theilnehmer ist wie der Urheber zu bestrafen", zeigt, daß das subjektive Moment überhaupt bei dieser Lehre nicht nur berücksichtigt wurde, sondern auch, daß dieses in höherem Grade geschah als mit der Gerechtigkeit vereinbart werden kann.

tigen Bedeutung des Wortes nehmen, und andrerseits doch behaupten können, der Gehülfe wurde im älteren Strafrechte ebenso gestraft wie der Thäter, wenn wir nämlich das Wort Gehülfe in der Bedeutung des älteren deutschen Rechts verstehen.

Für die übrigen Formen der Theilnahme, Anstiftung und Begünstigung, ist die Anschauung des älteren deutschen Rechts dieselbe wie die des heutigen Rechts, und wir müssen für diese Formen der Theilnahme unbedingt bei der Regel stehen bleiben, der Theilnehmer wird ebenso gestraft, wie der Urheber. —

Diese Darstellung weicht von der Osenbrüggens nicht unerheblich ab. Osenbrüggen[28]) nämlich findet in dem deutschen Rechte „das Prinzip conservirt, daß, wenn ein Verbrechen von mehreren Personen verübt wurde, die Behandlung und Büßung der Angeschuldigten nicht gleich gewesen sein solle.“ — So weit sich dieser Satz auf die norddeutschen Quellen bezieht, bemerke ich, daß Osenbrüggen Recht hätte, wenn man seinen Ausspruch auf die Behandlung der verschiedenen Mitthäter beschränkt; auf die Gehülfen oder Begünstiger ausgedehnt, halte ich denselben für unrichtig. — Bei dem im Ganzen einfachen Charakter des älteren Strafrechts halte ich es für bedenklich, dasjenige, was man als Prinzip gefunden zu haben glaubt, durch so viele und so verschiedenartig motivirte Ausnahmen zu beschränken, wie dieses Osenbrüggen den Quellen gegenüber thun muß. — So sagt derselbe: „Mit dem Vordringen der Idee des öffentlichen Strafrechts manifestirte sich das Prinzip der Abschreckung und der Gefährlichkeit und darunter stehen diejenigen Aussprüche der Quellen, welche eine gleiche Bestrafung des Thäters und der Mitschuldigen vorschreiben.“ Hieraus erkläre es sich, daß bei Giftmord, Kindsraub, Mord, Kirchenraub, Diebstahl die Theilnehmer jeder Art den Urhebern gleich gestraft werden. — Dies alles seien aber nur Hand-

28) a. a. O. S. 92 ff.

lungen, welche mit Heimlichkeit ausgeführt wurden und deswegen besonders gefährlich und verabscheuungswürdig erschienen. — Dagegen bei den schwereren gewaltsamen Verbrechen kommt die Gefolgschaft und die mit ihr zusammenhängende ungleiche Behandlung des Anführers und der Folger vor und hier erhielt sich diese. — Aber Osenbrüggen führt keine Quellenstelle an, in welcher gesagt wäre, der Folger solle geringer gestraft werden als der Thäter; Verm. Ssp. IV. 9. 1, wonach auch die Folger des Straßenräubers und seine Gehülfen jeder Art mit der Enthauptung bedroht werden, wird dadurch beseitigt, daß „das Prinzip der Gefährlichkeit und der Abschreckung die Oberhand gewonnen habe über das der Gefolgschaft." — S. 93 behauptet zwar Osenbrüggen, es sei dasselbe, wenn Verm. Ssp. IV. 5. 9. sage: mer luten mag man schult geben umbe fulge — und Hamburger Recht 1270 XII. 3. — wen den anderen mag man wol schuldegen umme slage — womit ausgedrückt sein soll, daß die Theilnehmer an einer Verwundung geringer bestraft werden, als der Thäter, indem man diesen die Strafe der Verwundung, jene die Strafe der Schläge erleiden ließ; — aber es beruht diese Auffassung auf einer meiner Ansicht nach unrichtigen Interpretation der angeführten Stelle des Hamburger Rechts. Wie dieselbe aufzufassen ist, habe ich bereits oben §. 15 auseinandergesetzt.

Weiter führt Osenbrüggen mehrere Stellen an, in welchen der Anstifter dem Thäter gleich gestraft wird (S. 96). O. findet in dem in diesen Stellen gebrauchten Verbum „heißen" oder „befehlen", welches im Kulm V. 30. mit „rathen" und „heißen" abwechselt, daß durch diese Worte auf „den Hintergrund der mittelalterlichen Herrschaftsverhältnisse" hingewiesen werde und es sich leicht erkläre, daß „der Herr, der seinem Untergebenen den Auftrag zur Begehung eines Verbrechens gab, nicht gelinder behandelt werden konnte als der Thäter". Dafür, daß der mittelalterlichen Strafrechtspflege das Streben einer genaueren Abmessung der Schuld

des Anstifters und des Angestifteten nicht fremd war, dafür führt O. nur eine Stelle No. 372 aus dem Brünner Schöffenbuch an, von welcher er selbst sagt: „Es ist dieß aber eine fast buchstäbliche Wiederholung von C. 3. X. de homic. V. 4.“ — Gerade deshalb dürfte aber diese Stelle zum Erweise der Behauptung, daß der Anstifter und der Angestiftete verschieden bestraft seien, nur ein höchst bedenkliches Beweismittel abgeben.

Auch für die Gehülfen des Nothzüchters erkennt O. eine Ausnahme an. Wenn aber, so möchte ich fragen, alle diese Ausnahmen von O. selbst statuirt sind, wenn diese Ausnahmen noch auf sämmtliche Fälle der Folge mit ausgedehnt werden müssen, was bleibt dann für die Regel übrig? — Es mögen immerhin Quellen vorhanden sein, welche für die süddeutschen Rechtsquellen die Ansicht O.'s bestätigen; es ist nicht geradezu undenkbar, daß für diese auch die Regel O.'s aufrecht erhalten werden könnte. Für die norddeutschen Rechtsquellen dagegen halte ich dieselbe in keiner Weise für begründet.

II. Wird die Theilnahme an einem Verbrechen als selbständiges Verbrechen behandelt, oder wird die Strafbarkeit des Theilnehmers von der Strafbarkeit des Thäters abgeleitet?

Die Aufstellung dieser Frage liegt nahe. Bei dem Versuche der Verbrechen mußte behauptet werden, daß das ältere deutsche Strafrecht formell keinen verbrecherischen Versuch kenne, daß vielmehr die materiell als Versuchshandlungen aufzufassenden Delikte formell als selbständige Verbrechen behandelt wurden. Da nun im heutigen Rechte die Strafe für die Theilnehmer ebenso von der Strafe des Thäters abgeleitet wird, wie die Strafe des Versuchs von der Strafe des vollendeten Verbrechens, da weiter das ältere deutsche Strafrecht die Ableitung der Versuchsstrafe von der für das vollendete Verbrechen festgesetzten nicht kennt, so wäre es ganz denkbar, daß auch jeder Theilnehmer an einem Verbrechen selbständig für sich betrachtet wurde, daß die Bestrafung der Theil-

nahme selbständig ohne Rücksichtnahme auf das durch den Theilnehmer unterstützte Verbrechen geschah.

Dieser letzteren Ansicht ist Hälschner[29]). Er sagt: „So kennt das ältere deutsche Strafrecht den Unterschied des versuchten oder vollendeten Verbrechens, der verschiedenen Formen der Theilnahme am Verbrechen nicht, wohl aber bedroht es bestimmte Versuchshandlungen, bestimmte Arten der Theilnahme als selbständige Verbrechen mit Strafe.“

Ich finde in den norddeutschen Rechtsquellen keine Bestätigung für diese Ansicht. Die Quellen bestimmen, wie des öfteren erwähnt, regelmäßig die gleiche Strafe für die Theilnehmer wie für die Urheber, so daß regelmäßig eine Ableitung der Strafbarkeit des Theilnehmers von der des Urhebers zweifellos sein dürfte. — Die einzige allerdings nur scheinbare Ausnahme wird gebildet durch den Fall, in welchem an der Ausführung eines Verbrechens sich mehrere Mitthäter betheiligen. Hier wird allerdings für jeden derselben die Strafbarkeit selbständig bestimmt; aber hier liegt auch gar nicht Theilnahme, sondern Mitthäterschaft vor. — Wäre weiter Hälschner's Ansicht richtig, so müßten sich die einzelnen Verbrechen nachweisen lassen, welche materiell nichts weiter enthielten, als Theilnahmehandlungen. — Betrachten wir nun unsere Quellen im Einzelnen, so findet sich zwar die Anstiftung als Art der Theilnahme, aber weder der besondere Name noch die besondere Strafe eines selbständigen Verbrechens würde aufzufinden sein. Bei der Beihülfe könnte die Folge Zweifel erwecken. Aber schon das Wort Folge zeigt, daß für diese Art der Theilnahme die Relativität zu dem Urheber nicht gut aus den Augen gesetzt sein kann. Soll jemand als Theilnehmer folgen, so muß jemand da sein, dem er folgen kann. Die übrigen Formen der Beihülfe können nicht einmal den für die Folge angedeuteten Zweifel

29) a. a. O. S. 91. not 16.

rege machen. Gehen wir endlich auf die Begünstigung ein, so fehlt alle Veranlassung, in der Begünstigung der Person des Verbrechers ein besonderes Verbrechen zu erblicken; hinsichtlich der Begünstigung der aus einem Verbrechen herrührenden Sache wird man nicht Anstand nehmen, die Hehlerei als ein besonderes Verbrechen zu bezeichnen; aber seine accessorische Natur verleugnet dieses Verbrechen keineswegs. Ohne Diebstahl oder Raub ist keine Hehlerei möglich und der Hehler erleidet dieselbe Strafe wie der Dieb oder der Räuber.

Auf den ersten Anblick mag die Behauptung etwas Auffallendes haben, daß das ältere deutsche Recht die Strafe des Theilnehmers von der des Urhebers abgeleitet haben solle, während bei der Lehre von dem Versuche gesagt wurde, daß ein Abstrahiren von dem vollendeten auf das versuchte Verbrechen nicht stattgefunden, die durchaus konkrete Anschauungsweise vielmehr zu einer formell selbständigen Behandlung des Versuches geführt habe. — Und doch läßt sich beides sehr wohl mit einander vereinigen. — War ein Verbrechen versucht, so lag für die konkrete Anschauung nichts weiter vor als eben die Thatsachen, welche den verbrecherischen Versuch ausmachten. Man muß sich erst ein vollendetes Verbrechen, welches gar nicht begangen ist, fingiren, um die Strafbarkeit des Versuchs vom vollendeten Verbrechen abzuleiten. Wenn dagegen ein Verbrechen von mehreren begangen ist, von einem Urheber und seinen Folgern, von einem Angestifteten in Folge der Anstiftung, wenn die gestohlene Sache bei einem Hehler gefunden wurde; — in allen diesen Verhältnissen mußte die vollständige konkrete Anschauung des Falles das zwischen Urheber und Theilnehmer, Anstifter und Angestiftetem, Hehler und Dieb bestehende Verhältniß erkennen lassen. Hätte man den Theilnehmer als selbständigen Verbrecher behandeln wollen, so hätte man dazu im Widerspruch mit dem in concreto vorliegenden Fall fingiren müssen, der Theilnehmer habe nicht im Verein mit anderen, sondern er

habe selbständig gehandelt. Eben weil dem deutschen Rechte das Streben innewohnte, den in concreto vorliegenden Fall zu betrachten, konnte es nichts zu dem Geschehenen hinzu fingiren; — daher selbständige Behandlung des Versuchs —; es konnte aber auch nichts von dem wirklich Geschehenen hinweg fingiren — daher Abhängigkeit in der Bestrafung des Theilnehmers von der des Urhebers.

Vierter Abschnitt.

Die Verbrechens-Konkurrenz.

§. 22.

Einleitung.

Vergeblich wird man in unsern Quellen eine Stelle suchen, welche den Ausdruck Verbrechenskonkurrenz, concursus delictorum, oder einen ähnlichen, gleichbedeutenden aufzuweisen hätte. — Daraus ist denn nun aber nichts weiter zu schließen, als daß unsern Quellen eine doktrinäre Entwickelung derjenigen Verhältnisse fehlt, welche wir unter diesem Kunstausdruck zusammenzufassen pflegen. — Dagegen finden sich recht zahlreiche Belege dafür, daß Fälle, welche wir als Verbrechenskonkurrenz behandeln, in der Praxis des älteren Rechts ebenfalls behandelt und zu gerichtlicher Entscheidung geführt worden sind. — So rechtfertigt sich denn eine Untersuchung darüber, nach welchen Prinzipien im älteren deutschen Rechte die Fälle der Verbrechenskonkurrenz behandelt worden sind.

Es ist zu diesem Zwecke von dem Satze, daß für ein Delikt auch nur immer eine Strafe verwirkt wurde, auszugehen. Dieser Satz findet sich ausdrücklich ausgesprochen: Ssp. I. 53 §. 4. Neman ne weddet umme ene sake tvies. — Aber

auch die allerdings nur scheinbare Ausnahme von diesem Satze enthält dieselbe Stelle, indem sie fortfährt: he ne breke den vrede unde ne sculde bannes an ener dat; de mut wedden to geistlikeme rechte unde to werlikeme rechte, unde gift ene bute geneme den he gesereget hevet. Denn wenn in der einen Handlung auch nur eine Rechtsverletzung enthalten ist, so tritt doch noch neben dieselbe die Verletzung der Kirchenordnung; so daß also in Wahrheit zwei Verletzungen beizulegen sind. — Der eben erwähnten Stelle ganz ähnlich ist Verm. Ssp. III. 17. 40. Slehet, oder wundet, oder totet ein iude den andern, das ist czu richten als under den cristen. Waz darnach nach iudischem gesecze ist, daz schol er darnach liden, wenn er under gerichte geliden hat. Ebenso wie der Christ durch ein Verbrechen außer der Rechtsordnung auch die Kirchenordnung verletzen kann, ebenso ist es bei dem Juden im Verhältnisse zu der Synagoge der Fall. Die Verletzung der Synagoge wird dadurch nicht getilgt, daß dem Rechte des Staates Genugthuung geworden ist. Verm. Ssp. III. 17. 40 enthält also nichts weiter als die analoge Ausdehnung des Ssp. I. 53 §. 4 auf das Verhältniß der Juden zur jüdischen Religion.

In den meisten Fällen wird die Entscheidung darüber, ob nur eine oder mehrere Rechtsverletzungen vorliegen, einfach sein. Mitunter werden dabei auch Zweifel eintreten können, von denen wir auch in dem älteren deutschen Rechte Andeutungen finden. Ich beginne mit Richtsteig cap. 16 §. 6. Vraget denne jene, oft he tu rechte umme ene sake twies wedden dorve, na deme dat he den anevank vorbutet hebbe, oft he denne umme dat vortugent dat em tur bute brachte oc bute geven scole, dar vrage jene wedder oft it en broke si, dat en man dut, unde des wedder vorsaket went mes em overtugen mut. Is it en broke, so vintme eme mit eneme wedde loz. Vindet met aver vor twe broke, so mut he twies buten; it is aver ok nicht wen

en. Eine kurze Erklärung dieser Stelle finden wir bei Homeyer in der Inhaltsangabe des cap. 16 (S. 141). „Wird der Anfang mit Gericht dargethan, so muß, wenn man in dem Nöthigen des Gegners zum Zeugenbeweise noch eine besondere Rechtsverletzung außer dem Unterwinden sehen will, auf doppelte Buße, trotz (Ssp.) I. 53 §. 4 erkannt werden." — Es dürfte vielleicht noch Folgendes bemerkt werden. Zunächst ist wiederholt der Satz ausgesprochen, daß für einen Bruch nur eine, für zwei, zwei Bußzahlungen zu entrichten sind. Ob aber in dem hier mitgetheilten Fall ein oder zwei Brüche vorlagen, das war jedenfalls eine Controverse des älteren Rechts. Es läßt sich die mitgetheilte Stelle nicht gut anders als durch die Annahme erklären, daß die Urtheile sich bald für nur eine, bald für mehrere Rechtsverletzungen entschieden hatten. — Wenn nun aber auch dieser Zweifel entstehen konnte, so mußte doch derselbe beseitigt werden. Es ist undenkbar, daß in dem vorliegenden Falle sowohl eine, als auch zwei Rechtsverletzungen enthalten sein konnten; es war vielmehr nur entweder das eine oder das andere möglich. Eine Entscheidung der Controverse war also nöthig; und diese wird theils durch den Richtsteig selbst gegeben — it is aver ok nicht wen en — theils durch die oben erwähnte Stelle des Ssp. I. 53 §. 4. — Der Richtsteig erwähnt noch die andere Auffassung, wonach man in dem Nöthigen des Gegners zum Zeugenbeweise noch eine besondere Rechtsverletzung sehen wollte; giebt auch die nothwendige Consequenz dieser Ansicht an, falls dieselbe richtig wäre; — aber die Ansicht selbst und somit auch die Consequenz dieser Ansicht wird als unrichtig verworfen. Ein Widerspruch zwischen Richtsteig cap. 16 §. 6 und Ssp. I. 53 §. 4 kann demnach wohl kaum angenommen werden.

Zu einem weiteren Zweifel darüber, ob nur eine oder mehrere Rechtsverletzungen vorliegen, scheint folgendes Verhältniß Veranlassung gegeben zu haben: Anhang zu Magdeb. Fragen F. 550 S. 1. So aber einem Menschen einer oder mehr finger

oder zeen abgehawen, oder gröblich verwundet, item einer oder mehr zeene im munde ausgeschlagen oder geworffen würden, in dem falle ist der theter schuldig, ein jegliche zehe, finger oder zahn, mit dem zehenden teil eines wehrgelts dem beschedigten zu verbüssen, und in allen unnd jeglichen obangezeigten fellen, mus er dem Richter mit dem höchsten gewette abtrag thun, das sind sechtzig schilling pfennige obbestimbter wehrung. — (Ssp. II. 16 §. 6.)

Böhme Schöffenspr. S. 108 al. 2. Wurden eime manne drei czeine mit eime stose vsgestosen vnd mit eime steine vsgeworffen adir mit eime slage vsgeslagin das ist doch nicht wenne eine blutrunst wenne das in einer tat geschen ist. v. r. w.

Daß die Frage aufgeworfen worden ist, ob für den hier vorgetragenen Fall von einem oder von mehreren Verbrechen zu sprechen sei, wird durch die Entscheidung der letzteren Stelle ziemlich außer Zweifel gesetzt. Es wird in derselben nämlich nicht unbedingt ein feststehender Rechtsgebrauch beschrieben, sondern durch das nähere Präcisiren, welches selbst einen gewissen doktrinären Anstrich gewinnt, darauf hingewiesen, daß das gleiche Verhältniß auch wohl anders aufgefaßt sein mag. Es soll das Ausschlagen mehrerer Zähne mit einem Stoße nur als ein Verbrechen angesehen werden, wenne das in einer tat geschen ist. — Weil nur eine That, nur ein Stoß oder Schlag vorliegt, so soll nur von einer Verletzung gesprochen werden. Dadurch haben wir auch das Gegentheil: Wenn aber der gleiche Erfolg durch mehrere Thaten, durch mehr als einen Wurf oder Stoß herbeigeführt wäre, so würden mehrere Vergehen anzunehmen sein.

Der Grund aber, weswegen man bei dem vorstehenden Beispiel im Zweifel über die Zahl der Rechtsverletzungen sein konnte, ist in der ersteren der beiden angeführten Stellen enthalten. Da nämlich das Wergeld bei einer derartigen Verletzung mehrfach gezahlt wurde und der Regel nach mit jeder Wergeldszahlung ein

Gewedde verbunden war, so lag eben die Vermuthung nahe, daß, wenn eine Verletzung einen Schadensersatz durch mehrfache Wergeldszahlung bedinge, dieses Verhältniß überhaupt nicht mehr als eine einzige Rechtsverletzung auch mit Bezug auf die Strafe, auf die Geweddezahlung aufgefaßt werden dürfe. — Nach der Entscheidung der Magdeb. Fr. soll nun allerdings nur eins aber doch das höchste Gewedde gezahlt werden.

Wir könnten nun aus der vorstehenden Entscheidung dazu verleitet werden, überhaupt in allen denjenigen Fällen, in denen nur eine verbrecherische Handlung vorliegt, im Sinne des älteren Rechtes auch nur ein Verbrechen anzunehmen. Es würde dies aber deswegen bedenklich sein, weil doch zunächst festgestellt werden müßte, in welchen Fällen das ältere Recht nur eine, wann dagegen mehrere Handlungen annahm. Daß wir die „Einheit der That" keinesfalls zu weit ausdehnen dürfen, geht schon aus folgenden Stellen hervor: Verm. Ssp. IV. 5. 8. Wert eyme mer wunden vorwundet wen eyne, also mannig wunde kamphir ist, also mang mal muz her sich entschuldigen selbsobende.

Landrecht der sieben Freien. (Grimm Weisthümer Thl. III. S. 69 al. 11) Item so einer dem anderen wundet, so manche wunde so manche V mark.

Diese Bestimmungen sind durchaus unbeschränkt hingestellt. Wenn daher auch bei ein und derselben Gelegenheit einer dem anderen mehrere Verwundungen beibrächte unter Verhältnissen, wo wir heute zweifellos nur von einer Körperverletzung oder Mißhandluug sprechen würden, so müßten doch nach der Auffassung des älteren Rechts mehrere Thaten und mehrere Verbrechen sowohl mit Bezug auf das Verfahren, wie auch mit Bezug auf die Bestrafung angenommen werden.

Aus dem bisher Angeführten ersehen wir nun aber auch, worauf es bei der Lehre von der Verbrechenskonkurrenz nach den älteren Quellen eigentlich ankommt. Denn durch das bis jetzt beigebrachte

Material ist es schon so ziemlich festgestellt, daß für ein Verbrechen eine Strafe, für mehrere Verbrechen mehrere Strafen bestimmt worden sind. — Wir haben in Wahrheit nur zu untersuchen, in welchen Fällen das ältere deutsche Recht eine Mehrheit von Rechtsverletzungen annahm, wann es dagegen nur eine zu erblicken glaubte.

Diese Frage kann kaum auf eine andere Weise gelöst werden, als durch eine möglichst reiche, aus den Quellen entnommene Casuistik.

§. 23.

Casuistik.

Für die Anordnung des Materials dürfte es zweckmäßig sein, folgende Kategorien von einander zu sondern: I. Mehrere Rechtsverletzungen werden in der Weise begangen, daß die eine derselben sich nur als ein Mittel darstellt, durch welches die andere ermöglicht wird. II. Mehrere von einander unabhängige Rechtsverhältnisse werden durch ein und dieselbe Veranlassung in verbrecherischer Weise verletzt. III. Die verschiedenen Rechtsverletzungen stehen vollständig unabhängig von einander da.

I. Mehrere Rechtsverletzungen werden in der Weise begangen, daß die eine derselben sich nur als ein Mittel darstellt, durch welches die andere ermöglicht wird.

In den Quellen finden wir folgende Beispiele als hieher gehörig: 1) Es wird ein Hausfriedensbruch begangen, welcher zu weiteren über den Hausfriedensbruch hinausgehenden Rechtsverletzungen führt.

Die Stelle des Hamburger Rechts 1270 XI. 1, welche schon oben bei Gelegenheit der Untersuchung über vorsate angeführt wurde, ist hier wenigstens theilweise zu wiederholen:

Kumt he aver ute der were, vnde wert he des vorwunnen, he schal beteren en gancz vorsat, vnde vor den husvrede X mark suluers to der stad kore, vnde deme manne den broke, na deme dat he schut, unde alle de mit eme sint er iewelik also vele.

Aus dieser Stelle geht zweifellos hervor, daß, falls außer dem Hausfriedensbruch an dem schon durch dieses Verbrechen Verletzten noch weitere Rechtsverletzungen begangen wurden, es sich nicht um die Bestrafung nur eines, sondern mehrerer Verbrechen handelte. — Wir ersehen auch, daß durch die Bestrafung des einen Verbrechens die Strafe des andern nicht absorbirt wurde, daß vielmehr beide Strafen nebeneinander bestanden.

In ähnlicher Weise entscheidet auch das Dithmarsche Recht 1447 §. 68 (wiederholt 1539 art. 26). „Wenn jemand zur Nachtzeit in eines Anderen Haus mit Bosheit einbräche und einen Mann darin erschlüge, was Gott verhüte, den Mann soll man bezahlen mit 200 Mk. (1539 sagt: den man schalme betalen to dubbeldem ghelde) und soll dem Hauswirth 60 Mk. und dem Gerichte 60 Mk. büßen [und dem Thäter soll man sein Haus niederbrennen, und er soll alle seine Tage gelten für einen ehrlosen Schalk]. — (Dieser letztere Zusatz fehlt 1539 art. 26.)

Obwohl die Strafe für die Tödtung eine viel bedeutendere ist als die für den Hausfriedensbruch verwirkte, so wird die letztere dennoch getilgt. Die begangene Tödtung hindert nicht, den Hausfriedensbruch auch als selbständiges Verbrechen zu erkennen und demgemäß mit einer selbständigen Strafe zu belegen.

Dazu kommt noch Gosl. Stat. S. 33. Z. 35. Wörde en dot gheslaghen vor sinem hus dar he inne wonede, dat he up der straten dot bleve, welde men de vredebrekere sculdighen dat se husvrede an in ghebroken hedden, also dat se ene ut deme hus gethogen hedden, des möghet se sek untsculdighen up den hilleghen, manlik mit sines enes hant, unde men scolde

in dat gherichte lecken dar se komen möchten dat se sik des untscüldegheden. Wörde he aver irslaghen dat he in sinem hus dot bleve unde ghewunt, dar he inne wonede, unde worden se denne umme husvrede ghescüldighet, des mösten se sik untsculdeghen mallik selve sevede unbesprokener lüde up den hilleghen.

Die Stelle kommt wenigstens indirekt zu demselben Resultat als die vorher angeführten. Es wird allerdings nicht ausdrücklich gesagt, daß die Angeklagten zwei Verbrechen begangen, daß sie demgemäß zwei Strafen verwirkt hätten; — aber eben deswegen, weil nur davon gesprochen wird, wie man in dem vorstehenden Falle die Klage wegen Hausfriedensbruch zu erheben habe, wie unter dieser Voraussetzung der Beweis einzurichten sei, müssen wir schließen, daß die ganze Stelle von einem Falle der Verbrechenskonkurrenz handele. Wenn überhaupt angenommen werden könnte, von den beiden Verbrechen Tödtung und Hausfriedensbruch habe eins das andere absorbirt, so wäre doch höchstens denkbar, daß der Hausfriedensbruch durch die Tödtung absorbirt wäre. Das umgekehrte Verhältniß erscheint geradezu undenkbar. Wenn daher in der vorstehenden Stelle von der Klage und dem Beweise des Hausfriedensbruchs gesprochen ist, so wird dadurch erwiesen, daß dieses Verbrechen durch die begangene Tödtung nicht absorbirt sei, somit also der durch die Stelle dargelegte Thatbestand zwei Verbrechen ent halte.

2) Dithmarsches Recht 1447 §. 109. (Vergl. 1539 art. 72) „Hätte jemand Leibesschaden bekommen, und es wären ihm dabei seine Kleider zerrissen, so soll man ihm den Schaden bessern, die Kleider aber nicht." — Und ergänzend fährt 1539 art. 72 fort: Weret sake, dat se em ock anders sine kleder toreten effte nemen, dat bewislik were, so schollen se de em betalen, also he herden (= erhärten) dar mit twolff mannen. — Das absichtliche Zerreißen der Kleider giebt an sich Anspruch auf

Entschädigung, diese wird indessen absorbirt durch die Entschädigung, welche der Verletzte für den ihm zugefügten Leibesschaden beanspruchen darf. — Es liegt der Gedanke nicht zu fern, durch die Strafe für die Körperverletzung sei der Entschädigungsanspruch, der privatrechtliche Anspruch absorbirt worden. — Aber es würde unrichtig sein, diesen Gedanken der Quelle unterlegen zu wollen, da offenbar die Entschädigung für das Zerreißen der Kleider denselben juristischen Charakter hat, wie die Entschädigung für die Körperverletzung. Absorbirt wird also entweder ein Civilanspruch durch den andern oder ein Strafanspruch durch den andern; keinesfalls dagegen ist ein Civilanspruch durch einen Strafanspruch als absorbirt zu erachten.

3) Verm. Ssp. III. 17. 43. Geschege auch eyn geschichte, daz iodden eyme cristen sine kint nemen, durch das sy sin blut wolden nuczen, unde das in warhafter tad abirquemen, in wes gewer man dy tod funde, des hus sted mit alleme gesinde zcu libe unde zcu gute. Ob der verm. Ssp. nur von einer Rechtsverletzung oder von mehreren handelt, muß wohl unentschieden bleiben. Es scheint, als ob in dieser Stelle eine solidarische Haftverbindlichkeit sämmtlicher Juden angenommen worden sei. Bestraft wird nicht derjenige, der erwiesenermaßen die That vollbrachte, sondern derjenige, in dessen Hause man das getödtete Kind fand. Also schon die Möglichkeit der Thäterschaft bedingt die Strafe. Ebenso kann alles Gesinde dieses Hauses gestraft werden; ebenfalls wegen der Möglichkeit der Theilnahme. Diese Bestimmung werden wir daher wohl als eine exceptionelle aufzufassen haben. Durch die Strenge, Härte derselben sollte wohl ein Verbrechen gehindert werden, welches um so schwerer zu hintertreiben sein mochte, weil durch die Ausführung desselben irgend einem Aberglauben genügt zu sein scheint.

4) Breslauer Recht 1261 §. 37. (Gaupp S. 236) Swar so ein sune vnd ein recht were wirt getan vor gerichte

brechen die die sachwaldichen vnd wurden sie des vorwunden alse recht ist mit deme richtere vnd mit den schephenen die vorliesen vmbe die wunden ire hant. vnd vmbe totslach ir houbit. Weriz also daz sie ein ander man breche die muz buzen mit sineme weregelte. daz ist vmbe die wunde nuhen phunt. vnd umbe den totslach achtzen phvnt. her ne muge is vntgan alse recht is. (Vergl. Görlitzer Recht art. 27)

Kulm II. 86. Von broche gelobetir sune in gehegetem dynge. Wyrt eyne sunungе vnd eyne berichtunge tzwyschen luten vnd eyne rechte werunge vorrichtet. vnd dy man in gehegetem dynge gelobit hatte nicht tzu brechen gebrochen vnd vorwyndet man yn des myt deme richter vnd myt den scheppen. also daz sy is vf yn getzugen. so sal man obir yn richten noch deme vngerichte. das her getan hat. Vnd der burge der vor dy sune gelobit hatte. mus dy sune broche bussen mit eyme wergelde. das synt 18 phunt. tut abir der burge vngerichte an deme vor den her gelobit hatte vor eynen andirn. vnd wirt her des obirwunden. man sal ouch obir yn richten noch dem vngerichte das her begangen hat.

Die Sühne ist ebenso ein Mittel der Fehde entgegenzuarbeiten, wie die Urphede. So sagt Gosl. Stat. S. 47. Z. 37: War en sune ghedan wert dar men ghelt vore lovet, ne wert dat nicht beret to der tid alse it ghelovet is, dar ne mach de sakwolde noch de borghe nicht vore inne sitten, wente de veyde darmede anderwarve irhaven mochte werden — woraus denn zu entnehmen ist, daß, falls die Sühne nicht gezahlt wurde, die Fehde ihren weiteren Fortgang nahm. — Auch abgesehen davon sind Sühne und Urphede in zahlreichen Quellen als so durchaus analoge Institute behandelt, daß wir ohne Weiteres annehmen können, dasjenige, was von der Sühne gesagt sei, gelte auch von der Urphede und — so weit dieses möglich, da die Sühne durch Geld, die

Urphede eidlich geleistet wurde — auch umgekehrt. (Vergl. Ssp. I. 8 §. 3. Gosl. Stat. S. 35. Z. 24. S. 36. Z. 7. S. 78. Z. 38. Breslauer Recht 1261 §. 34. Görlitzer Recht art. 27. Verm. Ssp. IV. 46. 9. Kulm II. 56).

Der Bruch einer Sühne oder einer Urphede, obschon an und für sich gewiß etwas Verbrecherisches, kann sich nicht gut in anderer Weise als durch Wiederbeginn der Fehde äußern. Ein Symptom aber für die wiederbegonnene Fehde ist es, wenn der Angegriffene durch Tödtung oder durch Verwundung verletzt worden ist. Deswegen erscheint auch der Bruch der Sühne oder der Urphede nicht als ein besonderes Verbrechen aufgefaßt — wie mir denn auch in den norddeutschen Quellen kein Beispiel bekannt ist, aus welchem entnommen werden könnte, daß für den Bruch der Sühne oder der Urphede eine besondere Strafe überhaupt existirt habe — vielmehr wird nur das bei Gelegenheit der Fehde begangene Unrecht für sich allein gestraft. — Selbst als Qualifikationsgrund hat der Umstand, daß das in der Fehde begangene Verbrechen nur möglich wurde, weil vorher eine Sühne oder Urphede gebrochen wurde, keinen Einfluß geäußert; denn die Strafen, welche für Verwundung und Tödtung in dem Breslauer Recht bestimmt werden, sind dieselben, welche auch sonst vorkommen, womit auch die Worte des Kulm — so sal man obir yn richten noch deme vngerichte — vollständig übereinstimmen. Es findet hier also wirklich eine Absorption einer an sich strafbaren Handlung durch ein anderes Verbrechen statt. Nur freilich ist darauf hinzudeuten, daß zwar nach unseren heutigen Rechtsanschauungen uns das Verhältniß der Verbrechenskonkurrenz wohl zum Bewußtsein kommt; daß aber mit Bezug auf das ältere Recht der Nachweis dafür nicht geführt werden kann, es habe dasselbe in dem Bruche der Sühne oder der Urphede jemals eine selbständige Rechtsverletzung erblickt. Daraus würde denn folgen, daß das ältere Recht überhaupt nichts zu absorbiren, sondern nur ein einzelnes Verbrechen zu bestrafen hatte.

Die Verantwortlichkeit, welche der Bürge übernimmt, besteht darin, daß er für das Halten des Versprochenen seitens des Verbürgten aufkommen muß. Ist er nicht im Stande dieser Verpflichtung nachzukommen, so wird er analog dem Herrn behandelt, der sein Gesinde an der Begehung der Verbrechen nicht hinderte, oder wie der Vormund, der die rechtsverletzende Handlung seines Mündels geschehen ließ. Der Bürge haftet für den durch den Verbürgten begangenen Schaden, indem er das Wergeld des Getödteten oder Bewundeten zahlt. — Auffallend erscheint der Zusatz des Kulm — tut abir der burge vngerichte an deme vor den her gelobit hatte vor eynen andirn . . . man sal ouch obir yn richten noch dem vngerichte das her begangen hat — denn es versteht sich wohl von selbst, daß die Bürgeneigenschaft eines Mannes denselben nicht von Strafe befreien kann, wenn er ein Verbrechen begeht. Der einzige rationelle Grund für diesen Zusatz könnte in folgendem Gedanken enthalten sein: der Bürge hat eben deswegen, weil er die Verpflichtung übernommen hat, für die Nichtbegehung eines Verbrechens gegen denjenigen zu sorgen, für dessen Rechtssicherheit er sich verbürgt hat, eine um so größere Veranlassung, sich selbst jedes Angriffes gegen denselben zu enthalten. Thut er dieses nicht, greift er vielmehr denjenigen an, für dessen Rechtssicherheit er sich verbürgte, so könnte man darin leicht eine sehr viel strafbarere Handlung erblicken, als wenn er das gleiche Verbrechen gegen irgend einen anderen unternommen hätte. — Nach der Bestimmung des Kulm würde nun diese Auffassung unzulässig sein; der Umstand, daß es geradezu der Bürge ist, welcher den durch ihn verbürgten Frieden verletzt, soll auf die Strafbarkeit des begangenen Verbrechens keinen Einfluß äußern.

5) Ssp. II. 34 §. 1. Sve so enes mannes knecht sleit oder veit oder rovet nicht denne durch des herren scult, na rechte sal he en beiden bute geven; he ne dürne dat uppe'n hilgen geweren, dat he't deme herren to lastere noch to sca-

den ne hebbe gedan, so is he der enen bute ledich. To lastere seg ik dar umme: of he ine sleit durch des herren scult unde nicht durch des knechtes, oder durch ir beider scult. To scaden seg ik dar umme: of he ene also geslagen hevet, dat sin herre sines dienstes an ime gehindert is: dat sal he deme herren beteren, alse die knecht solde, of he ut des herren dienste ane recht were gekomen, unde mit bute en beiden; he ne neme sik des lasteres unde des scaden af up den hilgen jegen des mannes herren, den he geslagen hevet.

Die Stelle, deren wesentlicher Inhalt wiederholt ist: Verm. Ssp. IV. 36, 1; Gosl. Stat. S. 46. Z. 36, entscheidet zwei Fälle:

1) Um einen Herrn zu beleidigen — to lastere — wird der Knecht desselben in irgend einer Weise mißhandelt.

2) Um einen Herrn zu beschädigen — to scaden — wird der Knecht desselben durch Mißhandlung dienstunfähig gemacht.

In den meisten Fällen wird der Knecht nur gewissermaßen der Sündenbock dafür sein, daß sein Herr Veranlassung zu einer gegen ihn auszuübenden Rache gegeben hat. Der Knecht kann aber auch selbst Veranlassung zu der ihm zu Theil werdenden Züchtigung gegeben haben, bei deren Vornahme indessen der Züchtigende sich nicht blos an dem Sklaven, sondern auch an dem Herren, welcher einen solchen Knecht halten konnte, Genugthuung verschaffen will. Der Umstand indessen, ob der Knecht selbst Schuld gewesen ist oder der Herr, scheint ziemlich indifferent für die Dispositionen des Ssp. gewesen zu sein.

Es wird nämlich in folgender Weise entschieden:

ad 1) Die Verletzung, welche dem Knecht zugefügt wurde, ist zu büßen; die Beleidigung, welche mittelbar den Herrn treffen sollte, ebenfalls.

ad 2) Die Verletzung des Knechtes ist diesem abzubüßen; der Herr hat einen Anspruch auf Buße und Schadensersatz für

die ihn mittelbar durch die Verletzung des Knechtes treffende Beschädigung.

Der Rechtsgrund für diese Entscheidung liegt darin, daß die Absicht des Thäters nicht blos auf die Verletzung des Knechtes, sondern mittelbar auch auf die Verletzung des Herrn gerichtet war; woraus denn auch folgt, daß, wenn der Thäter durch seinen Eid darthut, er habe nicht die Absicht gehabt, mittelbar durch den Knecht auch den Herrn zu verletzen, er auch nur eine Buße zu zahlen hat. Für den Schaden, der dem Herrn daraus erwächst, daß er den beispielsweise verwundeten Knecht nicht mehr in seinem Dienste behalten kann, wird der Verletzende nichts desto weniger aufkommen müssen. Die Schlußworte der Sachsenspiegelstelle — he ne neme sik des lasteres unde des scaden af up den hilgen — können sich der Natur der Sache nach nur auf den Fortfall der Verpflichtung zur doppelten Bußzahlung beziehen, keineswegs aber einen Ausschluß der Entschädigungspflicht bedingen.

Hier haben wir nun zweifellos nur einen Akt der verbrecherischen Thätigkeit, und doch ist die Absicht des Handelnden ausreichend, um aus dieser einen Thätigkeit zwei rechtsverletzende Erfolge und somit zwei Bestrafungen entstehen zu lassen. Wir sehen an dieser Stelle so recht bestätigt, daß die Worte der oben §. 22 angeführten Stelle der Böhmeschen Schöffensprüche — wenne das in einer tat geschen ist — für die heutige Rechtsanschauung noch nichts Entscheidendes enthalten. Wenn es richtig ist, daß im älteren Rechte überall da, wo nur eine That vorlag, auch nur von einem Verbrechen gesprochen werden durfte, so müssen wir mit Bezug auf Ssp. II. 34 §. 1 behaupten, daß, weil zwei Rechtsverletzungen trotz einer einzigen verbrecherischen Thätigkeit bestraft wurden, im Sinne des älteren deutschen Rechts nicht eine That, sondern deren zwei angenommen wurden.

Ueberblicken wir kurz das gewonnene Material! — Es sind bisher nur Fälle aufgeführt, welche man nach der heutigen

— ob richtigen oder unrichtigen mag hier unerörtert bleiben — Ansicht zu dem s. g. conc. del. idealis rechnen würde. — Für diese Form der Verbrechenskonkurrenz wird heute ganz allgemein der Satz aufgestellt: poena major absorbet minorem. — Den bisher betrachteten Quellen gegenüber ist dieses Prinzip nicht beobachtet. Wenn wir von dem unter 3) angeführten Falle als von einer Singularität absehen, so absorbiren die unter 2) und 4) mitgetheilten Beispiele, während die Fälle unter 1) und 5) unbestreitbar kumuliren. — Ich wage nicht aus dem vorstehenden Material irgend einen allgemeinen Satz zu entnehmen, mit dessen Zugrundelegung jeder mögliche gleichartige Fall entweder dem Absorptions- oder dem Kumulationsprinzip zugewiesen werden könnte. — Es genügt, vorläufig die Thatsache festgestellt zu haben, daß in der vorstehenden Kategorie von Konkurrenzfällen eben so häufig kumulirt wie absorbirt worden ist.

II. Mehrere von einander unabhängige Rechtsverhältnisse werden durch ein und dieselbe Veranlassung in verbrecherischer Weise verletzt.

Hieher gehören folgende Beispiele:

1) Magdeb. Fr. I. 1. 19. Von Mißhandlung des Ratmannes, was sein Buß ist, die einer darumb leiden soll. Hierauff sprechen wir für Recht, Mißhandelt jemandes Ratsmanne mit scheltworten, oder kampffs anbeut oder schwerdt auff sie zeucht, oder ander waffen, da sie in der Stadt gewerb gesandt sein, der soll je das verbüssen einem jeglichen mit 30 schilling, ob sie den Man vor Gericht damit beschuldigen, vnnd jenner der vor Gericht darumb beschuldiget wirdt des vor Gericht bekennet. Auch mögen die andere die in den zeiten Ratmanne sind, den darumb beschülbigen, das er jhn das in schmacheit gethan hab. Bekent er es, so soll der einem jeztlichen Ratmanne die jhn beschuldigen, aüch 30 schilling geben, und dem Richter so manich gewet, als maniche buß. Bekennet er des nicht, so mag er des unschuldig werden, als Recht ist.

Ein injuriirendes Wort ist gesprochen, eine injuriirende Handlung vorgenommen. Aber es ist nicht eine Injurie, die zur Bestrafung gelangt, sondern es werden so viele Injurien gebüßt, als Personen durch dies eine Wort, durch diese eine Handlung injuriirt worden sind.

Derselbe Grundsatz wird bestätigt durch ein Magdeburger Schöffenurtheil, welches sich bei Walch (vermischte Beyträge zu dem deutschen Recht) Thl. VIII. S. 287 ff. findet. Ein Naumburger Bürger hatte die Rathsherrn an öffentlichen Orten beschuldigt, dieselben hätten Geld, welches ihnen zur Unterstützung für abgebrannte Bürger zugeschickt wäre, unterschlagen; hatte sie Diebe genannt und das höllische Feuer den Rathsherrn gewünscht. Für diesen Injurianten bestimmen die Magdeburger Schöffen folgende Strafe: Szo dann gedachter burger jn offener zcechen vnnd byrhawse, Euch hern des Raths und Rethe Also das jr diebe seyn soldet Semptlich an Ewern Ehren vorletzt Wen er dann von wegen solcher smehung rechtlich beclagtt, dasselbige bekente Adir sunst durch Recht, wie jr dan Euch erboten, oberwunden worde, Szo wehr er ouch derhalbenn eynem jtztlichen hern vff angesatzte buss vnnd dem Richter mit sso vil wetten, dasselbige czuorbussen pflichtig, vnnd jr mogtt yn alsdann weyter vmmb solchs peinlichen nicht straffen v. r. w.

Die Entscheidung ist dieselbe, wie die der Magdeb. Fr. Es ist aber das zuletzt angeführte Urtheil deswegen besonders wichtig, weil es auch den Grund der Entscheidung mit anführt. „Weil er Euch sämmtlich an Euren Ehren verletzt hat, so ist er Euch allen zur Buße verpflichtet.“ Wollen wir diesen Stellen gegenüber auf den Ausspruch des oben (§. 22) angeführten Böhmeschen Schöffenurtheils zurückgehen: — das ist doch nicht wenne eine blutrunst wenne das in einer tat geschen ist — so gewinnen wir von neuem einen Beleg dafür, wie mißlich es den Quellen des älteren Rechts gegenüber sein würde, wenn wir den Satz aufstellen

wollten: ist nur eine That geschehen, so ist auch nur ein Verbrechen begangen. Wir würden jedenfalls sicherer gehen, wenn wir umgekehrt sagen wollten: Wo mehrere Verbrechen begangen sind, kann nicht blos von einer verbrecherischen That gesprochen werden, sondern man muß annehmen, daß deren mehrere vorliegen.

2) Analog ist das Verhältniß, wenn ein Urtheil gescholten wird. Ssp. II. 12 §. 5 bestimmt hierüber: Die dat ordel schilt, ne vulkumt he's nicht, he mut dar umme gewedden deme richtere, und jeneme sine bute geven, des ordel he besculden hevet. Diese Stelle wird ergänzt durch Weichbild art. 15 §. 5. Nu moge gi horen wo vele he mer gift. he gift deme scepen sine bute die dat ordel gevunden hevet, und weddet deme richtere en gewedde of man dat ordel beschilt ir die volge dar over gat. Denn — so können wir hinzufügen — vor diesem Zeitpunkte wird durch das Schelten des Urtheils nur derjenige Schöffe allein angegriffen, welcher dasselbe ausgesprochen hatte. Es liegt also auch nur ein Angriff vor und demgemäß wird auch nur eine Buße und ein Gewedde gefordert. — Get aver die volge dar over, so gift man jewelkeme scepen sine bute die des ordeles gevolget hebben und deme richtere also mannich gewedde. Nachdem andere Schöffen sich dem Urtheile angeschlossen haben, wird auch das Urtheil mehrerer Personen gescholten. Dieselbe Thatsache, welche vor der stattgehabten volge nur eine Verletzung enthielt, bewirkt jetzt so viele Verletzungen, als volger sich dem Urtheile des ersten Schöffen angeschlossen haben. Also nicht durch die Thätigkeit des Angreifenden wird endgültig die Frage entschieden, wie viel verbrecherische Handlungen vorliegen, sondern diese Frage entscheidet sich nach der Anzahl der angegriffenen Objekte.

Noch weiter wird derselbe Gedanke ausgeführt durch dieselbe Stelle §. 6. Wirt it aver to halle gesculden und man des or–

deles ok to meideburch tüt, unde man dat ordel ok dar bescilt, so gift man beide byte und gewedde to meideburch und to halle. Wenn man das in Halle gescholtene Urtheil nach Magdeburg zieht und das hier gefundene von Neuem schilt, so wiederholt sich jetzt in Magdeburg ganz dasselbe Verhältniß, welches mit Bezug auf das Haller Urtheil schon stattgefunden hatte. Es bilden diese zuletzt angeführten Worte nur einen neuen Beleg dafür, daß man mit Consequenz den Gedanken durchführte: Werden durch einen Angriff mehrere Personen verletzt, so ist nur scheinbar **ein** Angriff vorhanden, in Wahrheit sind so viele Angriffe geschehen, als Personen von dem Angreifenden verletzt worden sind. — (Vergl. auch Weichbild art. 49 §. 1. 2.)

3) **Lübisches Recht** II. 57. **Van der ratmanne leide.** So wanne de ratmanne gheleidet iemene hir inde stat to comende vnde dat ghekundeghet wert deme genen de eme schult wil gheuen breket he dat gheleide he schal dar umme wedden tein mark suluers vnde iewelikeme ratmanne tein schillinge vnde deme de gheleidet was sestech schillinge.

Es ist auch in diesem Falle nur eine „**That**", eine rechtsverletzende Ursache. Aber diese eine Ursache hat die Wirkung, daß verschiedene Rechtsverhältnisse verletzt werden. An demjenigen, dem ein freies Geleit gewährt ist, wird dasselbe gebrochen. Es ist nicht nothwendig — wenigstens deutet in der angeführten Stelle nichts darauf hin, daß der Geleitsbruch zu dem Zwecke vorgenommen sei, um durch denselben den städtischen Rath zu verletzen. Diese letztere Verletzung geht nun aber aus der ersteren mit Nothwendigkeit hervor. Es ist nicht möglich, ein vom Rathe gewährtes freies Geleit zu brechen, ohne dadurch die Autorität des Rathes selbst anzugreifen. Derjenige, der das freie Geleit brach, mußte sich dieses Verhältnisses bewußt werden und so wird ihm nicht blos der Geleitsbruch, sondern auch die Kränkung des Rathes in seinen demselben verfassungsmäßig zustehenden Befugnissen zugerechnet. —

Ob eine oder mehrere Ursachen vorhanden gewesen, entscheidet nicht über die Anzahl der Rechtsverletzungen, über die Anzahl der demgemäß vorzunehmenden Bestrafungen; sondern die Anzahl der verletzten Rechte bestimmt die Zahl der Verbrechen und der Strafen.

4) Aehnlich ist das Verhältniß in Ssp. II. 34 §. 2. Sve so enen man gevangen hevet, die mut antwerden jewelkeme sime herren, unde jewelkeme sime mage, unde sime wive, wirt he dar umme gescüldeget, die wile he ine in hechte hevet (vergl. Verm. Ssp. IV. 36. 2). Allerdings ist hier nur gesagt, daß in Folge der Gefangenhaltung eines Mannes mehrere Personen klagberechtigt werden; aber wo mehrere Personen klagberechtigt sind, muß dieses Klagerecht auch zu einem Erfolg führen können, welcher Erfolg denn wieder eine voraufgegangene Rechtsverletzung voraussetzt. Möglich wäre es freilich, bei dieser Stelle nicht an eine kumulative, sondern nur an eine elektive Klagenkonkurrenz zu denken. Dieser Annahme würde aber wohl Verm. Ssp. IV. 45. 17. widersprechen: Clagen me lute eyne clage mit enander uff eynen man, wert der wetthaftig, he wettet on allen eyn gewette und gibt in allen eine buze. Claget aber iczlicher besundern, alz manic gewette unde busse gehort doruff. Es sind hier mehrere Klagberechtigte vorhanden; sie können alle gemeinschaftlich klagen, auch jeder für sich. Vereinigen sie sich zur Klage, so vereinigen sie sich auch zur gemeinschaftlichen Buße. So kann wohl durch diese Vereinigung der Klagberechtigten eine Absorption ihres eigenen Klagerechts bewirkt werden; aber ein Beispiel elektiver Klagenkonkurrenz, einen Fall, in welchem dadurch B sein ihm ursprünglich zustehendes Klagerecht verliert, weil A das seinige geltend macht, finde ich nicht in unsern Quellen vor. Ssp. III. 12 §. 2. führt auch den Fall an, daß mehreren Personen ein Klagrecht gegen ein und denselben Verklagten zusteht, erwähnt aber nur die successive Klagenkonkurrenz: Klaget vele lüde up enen man ungerichte, he ne hevet den

anderen nicht to antwerdene, er he des irsten ledich is. (Es müßte denn sein, daß alle gemeinschaftlich klagen, eine Ergänzung, die wir aus Verm. Ssp. IV. 45. 17 herüber nehmen dürfen). — Da nun an solchen Stellen, wo von elektiver Klagenkonkurrenz hätte gesprochen werden können, dieselbe nicht berührt ist, so möchte ich auch nicht annehmen, daß in der Stelle Verm. Ssp. IV. 36. 2. von elektiver Klagenkonkurrenz gesprochen sei, daß vielmehr der Fall so aufzufassen ist, wie oben bereits geschehen.

In den vorstehenden Beispielen haben wir lauter Fälle, in denen ebenfalls die heutige Doktrin conc. del. idealis erblicken und demgemäß den Satz: poena major absorbet minorem anwenden würde. Wie sehr dieses von den Quellen des älteren Rechts abweicht, ist durch das voraufgehende Material dargelegt, aus welchem sich nur die eine Regel entnehmen läßt, daß, wo mehrere Rechte verletzt sind, nicht nur von einer, sondern von mehreren verbrecherischen Handlungen, nicht von einer, sondern von mehreren Strafen zu sprechen ist.

III. Die verschiedenen Rechtsverletzungen stehen vollständig unabhängig nebeneinander da. Nach den Resultaten, welche für die beiden vorhergehenden Kategorieen aufgestellt wurden, läßt sich von vorneherein annehmen, daß, wenn mehrere von einander vollständig unabhängige Rechtsverletzungen begangen sind, der Umstand, daß dieselben etwa zur gleichzeitigen gerichtlichen Verhandlung kommen, keinen Einfluß auf die Bestrafung geäußert haben werde. Wir dürfen erwarten, das Kumulationsprinzip auch hier durchgeführt zu finden. — Daß die Quellen mit dieser Annahme übereinstimmen, mag durch folgende Beispiele dargethan werden.

1) Diebstahl. Der Gedanke, daß so viel Diebstahlsstrafen verwirkt sind, als einzelne Diebstähle begangen wurden, ist bis zu der Ausdehnung durchgeführt, daß im Falle eines Holzdiebstahles die Anzahl der Diebstähle nach der Zahl der gestohlenen Bäume

bestimmt wurde. Holzgericht zu Godelsheim (Grimm Weisthümer Thl. III. S. 77 al. 4) . . . . dasz der aufgesessener man dem gerichte oder dem greben vonn iderem stam fuinff marck, vnd dem richter fuinff schillinge geben soll . . . Diese Entscheidung deutet übrigens auf einen Rechtsgebrauch, welcher nicht vereinzelt vorgekommen sein kann. In einem codex des Königlichen Archivs zu Königsberg [1]) findet sich folgendes von den Magdeburger Schöffen gesprochene Urtheil: Von holtz hauwen in eynes andern walde. Vürbas habit Ir uns gefragit ab eyn man holtz hauwet in des anderen Walde, Es sey ein Holz adir ein fudir adir mee, ab her sal iczlichen stam sunderlich vorbußin, Hiruff sprechen wir vor ein recht: (Der Inhalt der Antwort ist, der Verklagte solle dem Eigenthümer so oft büßen als er Holzdiebstahl begangen hat, aber nicht für jeden Stamm besonders). Wenn also auch die Magdeburger Schöffen eine Entscheidung gegeben haben, welche dem oben angeführten Weisthum widerspricht, so ersieht man doch aus der an sie ergangenen Frage, daß die Sache für eine zweifelhafte gehalten wurde, daß der dem Kumulationsprinzip zu Grunde liegende Gedanke dem älteren Rechte so geläufig war, daß man lieber einmal die Kumulation bei einer Gelegenheit anwenden mochte, wo sie nicht hingehörte, als daß man sich der Gefahr unterziehen wollte, da nicht zu kumuliren, wo die Mehrheit der Verbrechen dieses gefordert hätte.

2) Wucher. So oft jemand Wucher genommen hat, muß er die für den Wucher bestimmte Buße entrichten (Böhme Schöffenspr. S. 93 al. 5. Kulm III. 49).

3) Injurie. Urtheil des Lübischen Oberhofes (bei Michelsen No. 128.) . . . . Kan Clawes Frederik dat bewysen alze recht is. dat ene Jacop Knypaff na der tyd dat de erste vor-

1) Der codex ist bezeichnet A. 78, findet sich übrigens in dem Homeyer'schen Handschriftenverzeichniß nicht erwähnt.

likinge der scheltworden haluen beschen is, to tyden unde steden veermal vorachtet hebbe mit worden uppe nige, so schal Jacob vor islike vorachtinge so mannich dreepund, jn so mannigen steden und tyden alze de scheltwort unde vorachtinge geschen sint wedden. — Für jede Injurie drei Pfund, also für vier Injurien 12 Pfund; einen anderen als diesen dem reinsten Kumulationsprinzipe entsprechenden Schluß können wir aus der vorstehenden Stelle nicht ziehen.

4) Freiheitsentziehung. a. Ein nicht ansässiger Mann soll Bürgen stellen für eine Schuld, zu welcher er verpflichtet ist. Kann er dieses nicht thun, so ist es gestattet den Schuldner bis zum nächsten Gerichtstag setzen zu lassen. Am Gerichtstage selbst muß der Gläubiger ihn frei lassen und sein Recht gegen ihn verfolgen. Thut er dieses nicht, läßt er ihn über den Gerichtstag hinaus in Haft — he schal dar vmme wedden XII sz. unde let[2]) he ene anderweruen setten ouer ding nacht he schal ouer wedden XII sz. unde let he ene tho den drudden male sitten ouer ding nacht dat schal he beteren mit XII sz. dat en sy also dat id em not hebbe dan — folgt die Art und Weise, wie die ehehafte Noth bewiesen werden soll. — (Lübisches Recht III. 359.)

b. Lübisches Recht II. 186. Van der hechte dat rect. Set en man den anderen in dat yseren umme sake de eme in dat lif ofte an sine sunt gheit ne mach ene de cleghere nicht uorwinnen also dicke alse men ene up unde to slutet sint dat wedde sestich schillinghe. Also für jede Freiheitsentziehung 60 Schillinge und zwar so oft Freiheitsentziehung, als man den Gefangenen einschloß.

5) Lübisches Recht III. 361 führt die Verpflichtung an,

---

2) In Hach's Ausgabe heißt es statt let — »het«, was wohl als ein Druckfehler anzusehen ist.

daß der Kläger in irgend einer Rechtssache an dem nächsten Gerichtstage klagen solle. So oft er einen Gerichtstag vorübergehen läßt, ohne zu klagen, zahlt er XII sz.

6) Bremisches Recht Antiqua 1303 (Oelrichs S. 36 a. E.). Es ist jemand auf ein Jahr aus der Stadt verbannt; so oft er sich während dieser Zeit in der Stadt sehen läßt, zahlt er 10 Pfund.

7) Verm. Ssp. III. 9. 3 enthält die Vorschrift, daß dem in Privathaft Befindlichen nicht verweigert werden dürfe von seinem Weibe und seinen Freunden Besuche zu empfangen. Wert man daz so schol man daz mit gerichte eischen. Wert man daz aber, so muz man darumme busen und wetten, alz dicke alz man daz were.

8) Wird einem ein Grundstück abgepfändet, so ist damit zugleich für den Besitzer das Verbot ausgesprochen, das Grundstück zu betreten so lange die Beschlagnahme desselben dauert. Mit Bezug hierauf heißt es Weichbild art. 51: Swar enem manne sine were gevronet wert mit rechten ordelen, also dicke alse he üt und in gat also dicke mut he wedden deme richtere, die vronunge ne si denne mit rechte ave genomen.

9) Alefelder Vogteigericht (Grimm Weisth. Thl. III. S. 270 al. 8. 9). Wenn jemand zorniges Gemüths die Wehre zieht, so verfällt sie an den Vogt. — Wenn aber der vogt nach der wehr schickete und sie ihm verweigert würde? antw. so oft der vogt nach der wehr schicket und sie ihm verweigert wird, fünf schillinge.

Ueberblicken wir diese zuletzt zusammengestellten Beispiele, so ergiebt sich, daß nicht blos in den Fällen, die wir nach der heutigen Doktrin zu dem s. g. conc. del. realis rechnen, kumulirt wird, sondern daß das Kumuliren auch in Fällen angewandt wird, welche wir heute lieber zu dem s. g. fortgesetzten Verbrechen zählen möchten. Doch das ist hier von untergeordnetem Interesse; die Haupt-

sache ist, daß auch durch die vorstehenden Beispiele der Satz bestätigt wird: Quot crimina tot poenae.

§. 24.

Resultate. Bedeutung der CCC. art. 108 für die Lehre von der Verbrechenskonkurrenz.

Aus der voraufgehenden Darstellung können wir folgende keines weiteren Beweises bedürftigen Sätze entnehmen:

1) Der dem Kumulationsprinzipe zu Grunde liegende Gedanke quot crimina tot poenae ist nicht erst aus dem Römischen Rechte nach Deutschland herübergetragen, sondern ist bereits vor der Reception des fremden Rechts anerkannt worden.

2) Das Kumulationsprinzip wird überall da angewandt, wo mehrere Rechtsverletzungen vorliegen. Die Anzahl der Rechtsverletzungen wird durch die Anzahl der verletzten Rechtsverhältnisse bestimmt.

3) Eine Unterscheidung zwischen conc. del. realis und conc. del. idealis ist dem älteren Rechte fremd.

4) Diejenigen Fälle, welche heutzutage noch regelmäßig zum conc. del. idealis gerechnet werden, faßte das ältere deutsche Recht regelmäßig nicht als eine Rechtsverletzung, sondern als eine Mehrheit von Rechtsverletzungen auf. Ausnahmen von dieser Regel siehe oben §. 23 (I. 2 und 4).

Von diesen Ausnahmen ist eine in die CCC. art. 108 übergegangen.

Es wird nämlich im älteren Recht bestimmt (Breslauer Recht 1261 §. 37. Görlitzer Recht art. 27. Kulm II. 85), daß, wenn jemand durch die Begehung eines Verbrechens eine Sühne oder Urphede bricht, dieses nur als ein Verbrechen aufzufassen, die Strafe nur nach demjenigen Verbrechen zu bestimmen sei, durch dessen Begehung der Bruch der Sühne oder der Urphede geschah.

Dieses — wie die voraufgehende Darstellung zeigt — ausnahmsweise dastehende Verhältniß ist in die CCC. art. 108, allerdings mit einigen Modifikationen, übergegangen. Die Worte des Artikel 108 lauten: Item bricht eyner eyn geschworne vrphede mit sachen vnnd thatten, darumb er vnser Keyserlichen recht vnd diser ordnung nach, zum todt on das mocht gestrafft werden, der selben todtstraff soll volg geschehen. So aber eyner eyn vrphede mit sachen darumb er das leben nit verwürckt hat, fürsetzlich vnd freuenlich verbrech, der soll als eyn meyneydiger mit abhawung der handt oder finger vnd anderm, wie imm nechst obgemelten artickel berürt, gestrafft werden. — Es ergiebt sich die Abweichung der CCC. von dem älteren Rechte in sehr einfacher Weise. Wurde in der Zeit vor der CCC. Sühne oder Urphede gebrochen, so gelangte dieser Bruch für sich allein nicht zur Bestrafung, es wurde nur dasjenige Verbrechen gestraft, welches den Bruch der Urphede enthielt. So konnte es also auch geschehen, daß mitunter das begangene Verbrechen mit einer so geringen Strafe belegt war, daß die Strafe des Eidesbruches nicht einmal erreicht wurde. — Es hatte beispielsweise jemand, der eine Urphede geschworen, einem anderen eine kleine Verwundung beigebracht; eine peinliche Strafe hätte man darauf hin nicht aussprechen dürfen. Dieses wäre nun aber bei der Stellung, welche in der CCC. der Eidesbruch einnimmt, unzuläßig gewesen. Es mußte hier eine Abweichung gegen das ältere Recht aufgestellt werden, damit die Strafe des Eidesbruches jedenfalls verbüßt würde. Im Uebrigen bestätigte die CCC. das ältere Recht. Ist das Verbrechen, durch welches der Bruch der Urphede begangen wird, mit Todesstrafe bedroht, so tritt diese ein. Ist das Verbrechen, welches den Bruch der Urphede enthält, mit verstümmelnder Strafe bedroht, so tritt diese ein, in allen übrigen Fällen wird nur noch auf die Strafe des Eidesbruches Rücksicht genommen.

Da diese Erklärung ergiebt, daß CCC. art. 108 nur an ein

ganz singuläres Verhältniß des älteren Rechts anknüpft, nur ein specielles Verhältniß des früheren Rechts mit neueren Anschauungen übereinstimmend machen will, so folgt daraus, daß irgend welche allgemeineren Tendenzen diesem Artikel nicht untergelegt werden dürfen. Es zeigt vielmehr die Rücksichtnahme auf das der CCC. voraufgehende Recht:

daß aus CCC. art. 108 das Absorptionsprinzip für die Bestrafung der Verbrechenskonkurrenz keinesfalls hergeleitet werden darf, gleichviel ob man dasselbe auf alle Fälle der Verbrechenskonkurrenz ausdehnen, oder nur auf einzelne Arten derselben beschränken will.

Fünfter Abschnitt.

Die Nothwehr[1].

---

§. 25.

Begriff der Nothwehr.

Wenn wir auch eine Legaldefinition der Nothwehr in unsern Quellen nicht finden, eine solche auch kaum erwarten dürfen, so deutet doch der Ausdruck „rechte Nothwehr", welcher auch den norddeutschen Quellen nicht fremd ist, darauf hin, daß die Nothwehr schon in den älteren Quellen zu einer gewissen juristischen Durchbildung gelangt sein muß. Die „rechte Nothwehr" bildet

---

1) Vergl. im Allgemeinen: Levita das Recht der Nothwehr. Gießen 1856; namentlich S. 76—135. Geyer die Lehre von der Nothwehr. Jena 1857. S. 88 ff.

einen natürlichen Gegensatz zu der „unrechten Nothwehr"; man mußte also da, wo man von der „rechten Nothwehr" sprach, wo man die praktischen Consequenzen dieses Begriffes eintreten ließ, sich der einzelnen Erfordernisse bewußt werden, durch welche sich dieser Begriff von seinem Gegentheil unterschied.

Die „rechte Nothwehr" finden wir erwähnt in den Gosl. Stat. S. 34. Z. 35: Anverdighet ok en den anderen unde in der notwere ienen vorwundet unde doch upgeholden wert, unde de de dar bi hebbet ghewesen, dat he eme rechte notwere hebbe gedan, willen tüghen .... Diejenige Handlung, die in rechter Nothwehr begangen ist, wird selbst rechte notwere genannt.

Bremisches Recht 1428 cap. 26 (Oelrichs S. 391). Nachdem in der Stelle von der Widerrechtlichkeit des Angriffes gegen einen Wächter der Stadt gesprochen ist, heißt es dann am Schlusse: Mer mochte unse borgher ene rechte nootwere tughen des mochte he wol neten. — (Wiederholt ist die Stelle: Bremer Recht Nova 1433 stat. 100). Würde also der Angeklagte durch Zeugenbeweis darthun, daß bei dem von ihm ausgehenden Angriffe die Erfordernisse der rechten Nothwehr vorhanden gewesen sind, so würden auch die aus der rechten Nothwehr bedingten günstigen Folgen für ihn eintreten.

Lübisches Recht IV. 51. Worde ein minsche geslagen bloot unde blaw offte lemede, efte andere sake, worde he darmede beclaget vor gericht efte vor raede, mochte he dat tuegen, de dar beclaget werdt, dat he sick rechte noetwere geweret hebbe, so dorff he nicht antwerden tho dissen saken, men de vorwunnen werdt mot beteren[2]).

Es ist jetzt unsere Aufgabe, die einzelnen Erfordernisse, welche zum Begriffe der rechten Nothwehr gehörten, zusammenzu-

2) Vergl. auch Verm. Ssp. IV. 18. 2. Weichbild art. 47 §. 3.

stellen, um dann aus denselben diesen Begriff selbst ableiten zu können.

1) Die Nothwehr setzt einen Angriff voraus. Vergl. beispielsweise die oben angeführte Stelle der Gosl. Stat. S. 34. Z. 35: Anverdighet ok en den andern ... Gosl. Stat. S. 33. Z. 1. Sleyt en enne dot in notwere de ine anverdighet hevet. Gosl. Stat. S. 35. Z. 3. Wert en gheaneverdighet mit vredebrake .... unde wundet he ienen in der notwere. Verm. Ssp. IV. 6. 2. Slet eyner eyn czu tode in notwere der on angefertiget had. Verm. Ssp. IV. 18. 2. Anefertiget eyner den andern, unde der anegefertiget wert, in nodwer yenen vorwundet. — Andere Rechtsquellen bezeichnen den stattgefundenen Angriff specieller, indem sie dasjenige Verbrechen nennen, welches die Angriffshandlung enthält. So wird beispielsweise in den Naumburg-Haller Schöffensprüchen bei Mühler die That, dar her (der Angreifer) vrede an ome brach oder brechin wolde, als Veranlassung der Nothwehr angeführt. Diese Stelle ist deswegen bemerkenswerth, weil durch dieselbe gezeigt wird, daß ein Angriff, wie er zu dem Begriffe der rechten Nothwehr gehört, nicht zu einer wirklichen Verletzung geführt zu haben braucht, sondern auch in den Grenzen einer bloßen Versuchshandlung, wie wir es heute ausdrücken würden, geblieben sein kann. — Andere Stellen bezeichnen dagegen die Art des Angriffes so, daß das Eintreten einer wirklichen Verletzung angenommen werden darf. So beispielsweise Verm. Ssp. IV. 5. 6. Wer den andern slecht mit mortkulen und wundet .... Wert sich dez einer in notwer .... oder Breslauer Recht 1261. §. 53. Ob ein man den anderen gewundet .... vnd die silbe man die gewundet is komet zu were vnd wundet jenen wider ....

Also gleich viel ob der Angriff nur versucht ist, oder ob derselbe schon zu irgend welchen Resultaten geführt hat, sobald nur

überhaupt ein Angriff vorliegt, wird diesem Erfordernisse der Nothwehr genügt sein.

2) Der Angriff muß ein widerrechtlicher sein. Die Widerrechtlichkeit des Angriffs wird zum Theil schon angedeutet durch das Wort anfertigen, anfertigung. Haltaus Glossarium S. 26 erklärt das Wort anfertigen als »frequentativum sine dubio ab anfaren.« In dem anfaren liegt aber unbedenklich der Charakter des Widerrechtlichen ausgedrückt. Aber auch die a. a. O. mitgetheilten Verbindungen, in denen die Worte anfertigen und anfertigung vorkommen, führen zu demselben Resultat: »Swe den anderen anverdigehet in der straate mit ghewalt« — »anivertigite vn dan mit sichenir vngerechtir gewalt« — »wer den andern an sein ait spricht, der mit aufgeräckter hant vnd mit gelerten wortln gesworen wirt . . . der in vmb den ait angefertigt hat . . . . darumb daz er in angemutwild hat« — »vordedingen vor vnrechten gewalt vnd anferdinge« — »alle vmbillike anvordige«. — Wenn auch nicht behauptet werden soll, daß die angeführten Worte immer zur Bezeichnung eines widerrechtlichen Angriffs benutzt worden sind, so geschah es, wie die eben mitgetheilten Anführungen ergeben, mindestens sehr häufig. Da nun diese Worte in unsern Quellen ausschließlich dann gebraucht werden, wenn der der Nothwehr vorhergehende Angriff nur ganz im Allgemeinen bezeichnet wird, so dürfte aus all diesen Umständen die Richtigkeit der oben aufgestellten Ansicht folgen, daß die Widerrechtlichkeit des zur Nothwehr führenden Angriffs schon durch die Worte anfertigen und anfertigung ausgedrückt sei.

Noch deutlicher tritt indessen die Widerrechtlichkeit des Angriffes da hervor, wo der Angriff näher specialisirt wird. So Gosl. Stat. S. 35. Z. 3. Wert en gheanverdighet mit vredebrake. Gosl. Stat. S. 35. Z. 36. Is emme gaste vrede ghegheven; unde anverdighet de enne unsen börghere oder bor-

gheres ghesinde mit vredebrake. Die Anfertigung, welche durch Begehung eines Friedbruchs geschieht, kann nur eine unrechtmäßige sein. In den Naumburg-Haller Schöffensprüchen bei Mühler S. 87 No. 16 wird der Angriff, gegen welchen der Angegriffene sich straflos widersetzen darf, als eine That bezeichnet, dar her (der Angreifer) vrede an ome brach oder brechin wolde. — Die Unrechtmäßigkeit des Angriffs wird Friderici I const. de pace tenenda 1156. cap. 13 (Pertz tom. leg. II. S. 103) dadurch ausgedrückt, daß als praedo derjenige bezeichnet wird, gegen welchen der reisende Kaufmann sich straflos vertheidigen darf. Verm. Ssp. IV. 5. 6 heißt es: Wer den andern slecht mit mortkulen und wundet, dy messin, kupfrin oder stelin sin, oder gehort in fure, dy alleczit vorboten sin, tac und nacht . . . gegen einen solchen Angriff ist Nothwehr gestattet. Indem in dieser Stelle von einem Angriffe mit Waffen gesprochen wird, welche allezeit, bei Tage und bei Nacht verboten sind, ist dadurch der Angriff selbst als ein widerrechtlicher bezeichnet. — Eine andere Wendung wählt Breslauer Recht 1261 §. 53 (Gaupp S. 240). Ob ein man den anderen gewundet in der vrienstraze in einem vichbilede. ane were vnd recht vnd vnvorklaget. — Verm. Ssp. III. 17. 45 verlangt, daß zum Schutze eines Juden, an welchem man unfuge begehen will, jeder herbeilaufen solle.

So findet sich in unsern Quellen das Moment der Widerrechtlichkeit des Angriffes in verschiedenartiger Weise ausgesprochen. Daß auch von Nothwehr da gesprochen sei, wo der Angriff ein berechtigter war, dafür finde ich in den dieser Arbeit zu Grunde liegenden Quellen kein einziges Beispiel[3]).

---

3) Ueber die Widerrechtlichkeit des Angriffs bei der Nothwehr vergleiche auch Levita a. a. O. S. 74; woselbst für die Capitularien behauptet wird, es sei auch die Vertheidigung gegen berechtigte Angriffe unter die Nothwehr gefallen. Für das Zeitalter der Rechtsbücher vergl. S. 81.

3) Durch den widerrechtlichen Angriff wird der Angegriffene in einen Zustand der Noth versetzt. Verm. Ssp. IV. 5. 2. Wer eyn wundet eyner kamphbar wunden in nod, magk her dy nodwer bewisen selbsoben ... — Es ist jemand durch einen widerrechtlichen Angriff »in nod« gerathen. Dieser Nothzustand hat den Angegriffenen veranlaßt, dem Angreifer eine Kampfwunde beizubringen und indem er dieses that, übte er die Nothwehr aus. — Richtsteig cap. 32 §. 2 .... he (derjenige, der sich mit der rechten Nothwehr entschuldigt) mote den doden mit kampe der not vorwinnen .... d. h. der wegen einer Tödtung Angeklagte muß, falls er sich mit Nothwehr entschuldigen will, durch gerichtlichen Zweikampf darthun, daß der Getödtete ihn zuvor in einen Nothzustand versetzt habe (vergl. Ssp. II. 14 §. 1. III. 78 §. 6. III. 84 §. 3). Ebenso verlangt auch Breslauer Recht 1261 §. 53, daß derjenige, der sich auf sein Nothwehrrecht beruft, »die not«, in welcher er sich in Folge des an ihm begangenen Friedbruches befunden habe, beweisen müsse. So sagen auch Bremer Recht Antiqua 1303 (Oelrichs S. 35 al. 1) und Antiqua 1428 IV. 24 (Oelrichs S. 390): Toghe och en man en metset ether en ander wapen. sine not mede to wereden. So is ed en nod were. — Will man aber eine Noth abwehren, so muß man zunächst im Nothzustande sich befunden haben.

Dieses Erforderniß der rechten Nothwehr, daß der Angegriffene, ehe er zu der verletzenden Handlung schritt, sich in einem Nothzustande befunden haben müsse, erscheint mir als ein überaus wichtiges zur Bestimmung des Begriffes der rechten Nothwehr. Durch den Nothzustand nämlich wird dasjenige gerechtfertigt, was zur Beseitigung desselben unternommen wird, während die gleiche Handlung ohne Voraussetzung des Nothzustandes mindestens als unerlaubte, verbotene Eigenmacht aufzufassen wäre. Es wird dieses weiter unten näher ausgeführt werden. An dieser Stelle ist nur

auf diejenigen Vorschriften aufmerksam zu machen, welche kaum einen anderen Zweck haben können als den, den vorhandenen Nothzustand zu constatiren. Dahin gehört:

a. Das Erheben des Gerüftes von demjenigen, der in widerrechtlicher Weise angegriffen wurde. Die Stellen, welche das Erheben des Gerüftes bei einem die Nothwehr veranlassenden Angriff erwähnen, sind so zahlreich[4]), daß wir daraus schließen können, es sei dasselbe so gewöhnlich gewesen, daß derjenige, welcher in Folge eines widerrechtlichen Angriffes das Gerüfte nicht erhob, mindestens Nachtheile für den Beweis der Nothwehr erleiden mußte, da einerseits diejenigen, welche dem Gerüfte folgten, die Schreileute, die besten Beweismittel waren, um die Widerrechtlichkeit des Angriffes darzuthun, andrerseits derjenige, welcher die Erhebung des Gerüftes unterließ, die Vermuthung gegen sich hatte, daß der von ihm bestandene Kampf seinerseits ein rechtmäßiger nicht gewesen sein dürfte. — Doch sind wir auch berechtigt, bei der Wortfassung der Quellen über dieses Minimum hinauszugehen und die Behauptung aufzustellen, es sei die Erhebung des Gerüftes seitens des Angegriffenen der Regel nach gefordert worden, wenn die aus der Nothwehr hervorgehenden Rechtswohlthaten ihm zu Theil werden sollten. So heißt es beispielsweise Gosl. Stat. S. 35. Z. 3. Wert en gheaneverdighet mit vredebrake unde ropt he dat gheröchte unde wundet he ienen in der notwere unde kricht iene de vorklaghe, kumt he vore unde mach he dat irtüghen mit twen mannen de vullenkomen sin an erme rechte, de de anverdeghinghe ghesen hebbet unde dat gheröchte ghehört, so mot men eme erst antwarden. Es handelt sich hier um den noch

4) Weichbild art. 47 §. 3; Verm. Ssp. IV. 5 Dist. 4. 5. 7. IV. 6. 1. IV. 18. 3. Gosl. Stat. S. 35. Z. 3. S. 35. Z. 17. S. 35. Z. 30. S. 35. Z. 36. Naumburg-Haller Schöffensprüche (Mühler S. 87 No. 16). Breslauer Recht 1261 §. 53.

weiter unten zu besprechenden Vortheil des Angegriffenen, daß er die Vorklage für sich beanspruchen dürfe. Außer anderen Erfordernissen zur Geltendmachung dieses Rechtes wird auch erwähnt, daß der Angegriffene jedenfalls das Gerüfte erhoben haben müsse, daß er die Thatsache des widerrechtlichen Angriffes zu beweisen im Stande ist durch das glaubhafte Zeugniß von Leuten, die nicht blos den Angriff wahrgenommen, sondern auch das Gerüfte gehört haben. In derselben Quelle heißt es S. 35. Z. 36: Is emme gaste vrede ghegheven, unde anverdighet de enne unsen börghere oder borgheres ghesinde mit vredebrake, unde ropt de dat gheröchte, an deme de vredebrake ghescüt, unde irweret sic der vredebrake, de ne det nenne bröke.... Sehr deutlich geht aus dieser Stelle hervor, daß das rechtliche Resultat: der Angegriffene, welcher bei der Abwehr des Angriffs eine Verwundung begeht, hat sich keines Bruches schuldig gemacht, nur dann eintreten durfte, wenn der Angegriffene das Gerüfte erhoben hatte. Dasselbe sagt auch das schon erwähnte Naumburg-Haller Schöffenurtheil (bei Mühler S. 87. No. 16). Wundet eyn man eynen fredebrecher .... vnd beshriet her on myt syme geruchte.... so blibit her des ane schaden ... woraus denn folgt, daß, hätte der Angegriffene das Gerüfte nicht erhoben, er für seine Verwundung nicht ohne Schaden bleiben würde.

Die oben behauptete Regel wird noch durch die folgenden, Ausnahmefälle enthaltenden Stellen bestätigt. Gosl. Stat. S. 35. Z. 30 erwähnt den Fall, daß der Angegriffene das Gerüfte nicht selbst erhoben habe, unde en bi eme were oder en sin vrunt dar to lepe unde dat gheröchte repe; so kann man den Angriff beweisen, sich die Vortheile der Nothwehr sichern, wenn man nur Zeugen hat, welche außer dem stattgehabten Angriff noch das Gerüfte, wenn auch nicht das des Angegriffenen, so doch das des herzugelaufenen Dritten gehört haben.

Es sind als Ausnahmen von der Regel weiter noch zwei Stellen zu erwähnen, welche den Fall berühren, wo weder der Angegriffene noch ein anderer an seiner Stelle das Gerüfte erhoben hat. Weichbild art. 47 §. 3: Beschüt it (Verwundung oder Todtschlag. Vergl. §. 2) aver in echte not oder in striet nachtes oder dages, wolde man enen bederven man da umme bescüldegen, die an sime rechte unbesculden is, he is des narre to untgande selve sevede denne jene uppe yne getügen mach, wente yn an der dat nieman gesach. Denken wir uns, daß der Angriff, welcher zur Nothwehr Veranlassung gab, unter Verhältnissen stattfand, in denen das Erheben des Gerüftes, weil Niemand in der Nähe war, erfolglos bleiben mußte, so würde es der Gerechtigkeit widersprechen, wollte man nichts desto weniger, um die Rechtswohlthaten der Nothwehr herbeizuführen, einen Nachweis über das stattgehabte Gerüfte verlangen. Aber doch sehen wir, daß das Beweisrecht selbsieben dem Angegriffenen nur dann gewährt wird, wenn derselbe als ein zuverlässiger Mann bekannt ist. Jedermann würde sich ohne Gerüfte das Beweisrecht und dadurch mittelbar die Rechtsvortheile der Nothwehr nicht sichern können. Auch im Verm. Ssp. IV. 18. 3 ist ein Fall erwähnt, wo ausnahmsweise das Gerüfte nicht erhoben ist. Anefertiget eyner den andern, unde tud ome so we, daz he dy anefertigunge nicht beschrigen magk, unde mag doby nicht bliben, daz he sine notwer beruffen moge: wollen ome dy, dy doby gewest sint, dy anefertigunge irczugen, daz sal man irstaten von rechte (Vergl. Gosl. Stat. S. 35. Z. 3). Danach würde man sagen müssen: War der widerrechtliche Angriff von einem so nachtheiligen Erfolg begleitet, daß der Angegriffene in Folge seiner Verletzung nicht mehr so viel Kraft hatte, um das Gerüfte erheben zu können, oder mußte er troß seiner Vertheidigung den Kampfplatz verlassen, um für seine Heilung zu sorgen, so soll man ausnahmsweise auch solche Leute als Zeugen der Nothwehr zulassen,

welche nur dem Kampfe selbst beigewohnt haben. Wären aber die in der Stelle angeführten Umstände nicht eingetreten, so würden taugliche Zeugen nur diejenigen gewesen sein, welche sowohl den Angriff gesehen, wie auch das Gerüfte gehört hatten.

Fassen wir die so eben angeführten Stellen zusammen, so dürften sie den oben bereits angedeuteten Satz erweisen: Wer sich auf Nothwehr berufen will, muß der Regel nach das Gerüfte erheben haben. Ein dritter kann mit gleicher Wirksamkeit für den Angegriffenen das Gerüfte erheben. Ausnahmen von dieser Regel werden nur dadurch bedingt, daß entweder der Ort, an welchem der Angriff stattfindet, das Gerüfte überflüssig, oder die schlechte Lage des Angegriffenen dasselbe unmöglich macht.

Erwägt man nun, daß es in unsern Quellen als allgemeine Verpflichtung anerkannt ist, daß jeder, der das Erheben des Gerüftes hört, demselben folgen muß (Ssp. II. 71. 3), daß die Vernachlässigung dieser Pflicht durch Geweddezahlung geahndet wurde (Ssp. I. 53 §. 1), so kann man nicht übersehen, daß durch die Vorschrift: Jeder, welcher in widerrechtlicher Weise angegriffen ist, soll, falls er sich auf Nothwehr berufen will, das Gerüfte erheben — ein Mittel geboten wurde, durch welches in den meisten Fällen die Constatirung des Nothzustandes bewirkt werden konnte. Unerlaubte Eigenmächtigkeiten mochten so häufig vorkommen, daß der Regel nach derjenige, welcher nichts dazu that, um sofort zu zeigen, er befinde sich in einem die Eigenmacht rechtfertigenden Nothzustande, als ein solcher angesehen werden konnte, welcher ohne genügenden Grund die angeblich zur Nothwehr vorgenommenen Verletzungen begangen habe[5]).

---

5) In wie weit die Erhebung des Gerüftes auch dazu dienen konnte, um dem Angegriffenen einen Beistand zu sichern, davon wird noch weiter unten zu sprechen sein. — Dieser Umstand würde aber zu einer Verpflichtung, das Gerüfte zu erheben, kaum geführt haben können.

Ein weiteres Mittel, den Nothzustand zu constatiren, ist folgendes:

b. Der Angegriffene hat wegen der Nothwehr selbst die Klage anhängig zu machen; d. h. er muß den Angreifer wegen des von diesem ausgegangenen Angriffes verklagen. — Hätte also A den B in Nothwehr getödtet, so ist er verpflichtet, diese von ihm begangene Tödtung selbst anzuzeigen. Die Form, in der dieses geschieht, ist die, daß der Todte wegen des an dem jetzigen Kläger begangenen Angriffes verklagt wird. Diese Klage muß von dem Angegriffenen früher angebracht werden, als etwa die Verwandten des in Nothwehr Getödteten selbst als Kläger wegen der an ihrem Angehörigen begangenen Tödtung geklagt haben. Diese Regel ist ausgesprochen Ssp. II. 14 §. 1. Richtsteig cap. 32 §. 2. Bestätigt wird dieselbe durch folgende Bestimmung des Verm. Ssp. IV. 5. 14. Wundet einer den andern, und wirt vorfluchtic, und wil sich sint dem mal vor antworten, und ez ubernechtic ist worden, so daz er sich czu siner notwere nicht enboten hat vor gerichte: so en mac er keine notwer mer an sich genemen, dy ym czu hulfe muge komen. Das Berufen auf Nothwehr ist also nur gestattet, wenn man das Anhängigmachen der begangenen Nothwehr nicht übernächtig werden läßt. — Derjenige, der die von ihm begangene Verletzung durch den Nothzustand, in dem er sich befand, rechtfertigen kann, hat keinen Grund die Klage zu vermeiden; wer dieses thut, zeigt, daß die von ihm begangene Verletzung nicht rechtmäßig war, er darf sich auf Nothwehr nicht berufen. — (Vergl. auch Breslauer Recht 1261 §. 53.)

Aeußere Hindernisse können die Anstellung der Klage durch den in Nothwehr Handelnden unthunlich machen; er fürchtet beispielsweise einen neuen Angriff; die ihm trotz seiner erfolgreichen Vertheidigung zugefügte Verletzung ist so bedeutend, daß er nicht die physischen Kräfte hat, selbst an Gerichtsstelle zu erscheinen.

Derartige Fälle werden in den Quellen berücksichtigt. Der Angegriffene schickt dann, ehe die Sache übernächtig wird, einen anderen an seiner Stelle zu dem Richter, um die später von ihm zu erhebende Klage gewissermaßen anmelden zu lassen, und sichert sich dadurch die rechtlichen Folgen, die für ihn aus der Nothwehr hervorgehen müssen. So sagt Gosl. Stat. S. 33. Z. 1: Sleyt en enne dot in notwere de ine anverdighet hevet, ne darn he nicht bi eme bliven, he sende to deme voghede er wen dat overnechtich werde, unde bidde den voghet dat he ine veleghe vor unrechter ghewalt, he wille sine klaghe vulvörderen. Weygherde ime des de voghet, he söke dat an dem rade. (vergl. Verm. Ssp. IV. 6. 2. Blume des Magdeburger Rechts I. 125 bei Homeyer S. 349.)

4) Der Angegriffene wehrt den Zustand der Noth, in welchen er versetzt ist, von sich ab, er vertheidigt sich gegen den Angriff. Daß die Nothwehr als eine Vertheidigung gegen den widerrechtlichen Angriff aufgefaßt werden müsse, darüber kann den Quellen gegenüber kaum ein Zweifel entstehen. So sagt Verm. Ssp. III. 17. 45: Ez sal eyn iczlich krysten zculoufens, tages edir nachtes, ab men unfuge an eyme ioden wel begynne edir begen in syme huse, unde sal dy unfuge helfen schuczen. In dieser Stelle wird zwar das Wort Nothwehr nicht ausdrücklich erwähnt, der ganze Zusammenhang der Stelle deutet aber darauf hin, daß es sich hier um die Abwehr eines widerrechtlichen Angriffes handelt, durch welchen der Angegriffene in einen solchen Nothzustand versetzt worden ist, welcher fremden Beistand für ihn erforderlich macht. — Verm. Ssp. IV. 1. 2 deutet die in der Nothwehr enthaltene Vertheidigung in folgender Weise an: Geschet eyn blutrunst in notwere undanckes, daz man bekennet vor gerichte, mag her dy notwere bewisen selbsobende, daz er sich sinez libez geschuczt habe .... Nach den Worten dieser Stelle beweist

man also die Nothwehr dadurch, daß man darthut, man habe die Blutrunst begangen zum Schutze seines Leibes, d. h. zu seiner Vertheidigung. — Selbst die Etymologie des Wortes „Nothwehr" deutet darauf hin, daß der in Nothwehr Handelnde nichts weiter thue, als den Nothzustand, in den er versetzt worden, von sich abzuwehren. Die Ausdrucksweise der Quellen bestätigt dies vollkommen. Im Verm. Ssp. IV. 5. 6 heißt es: Wert sich dez (nämlich eines widerrechtlichen Angriffes mit verbotenen Waffen) einer in notwer — Gosl. Stat. S. 35. Z. 36: Der mit einem Friedbruch Angegriffene irweret sic der vredebrake — Breslauer Recht 1261 §. 53 . . . die silbe man die gewundet is komet zu were vnd wundet jenen wider . . . Lübisches Recht IV. 51 . . . mochte he dat tuegen, de dar beclaget werdt, dat he sick rechte noetwere gewerethebbe . . . Bremisches Recht Antiqua 1303 (Oelrichs S. 35 al. 1): Toghe och en man en metset ether en ander wapen. sine not mede to wereden. So is ed en nod were . . . (vergl. Antiqua 1428 IV. 24. Oelrichs S. 390). — Landrecht der sieben freien (Grimm Weisthümer S. 68) . . . wer dem anderen bluet wundet, und kan bei wiesen, dat hei liefes noth gewehrt heft —. Vestenrecht zu Schwelm (Grimm Weisthümer S. 30) . . . da einer den andern bloet wundede, konnte he dat bewisen, dat he sick sines lives entweret hedde . . . .

Als Vertheidigung charakterisiren die Nothwehr auch noch einzelne Stellen der Reichsgesetze. Friderici I constitutio de pace tenenda (1156) (Pertz tom. legg. II S. 101). Si quis hominem intra pacem constitutam occiderit, capitalem subeat sententiam, nisi per duellum hoc probare possit, quod vitam suam defendendo illum occiderit . . . In demselben Gesetze findet sich auch noch folgende Stelle: Mercator negotiandi causa per provinciam transiens, gladium suum sellae alliget, et super

vehiculum suum ponat, ne umquam laedat innocentem, set ut se a praedone defendat.

5) Die Vertheidigung enthält eine eigenmächtige Handlung. Ausdrücklich ist auf das Verhältniß zwischen Nothwehr und unerlaubter Selbsthülfe nur in den Reichsgesetzen hingewiesen. Friderici II constitutio pacis (1235) (Pertz tom. legg. II S. 314). Ut nemo se vindicet sine judicis auctoritate. Ad hoc magistratus et jura sunt prodita, ne quis sui doloris vindex sit; quia ubi juris cessat auctoritas, excedit licentia seviendi. Statuimus igitur, ut nullus, in quacumque re dampnum ei vel gravamen fuerit illatum, se ipsum vindicet, nisi prius querelam suam coram suo judice propositam secundum jus usque ad diffinitivam sententiam prosequatur; nisi in continenti ad tutelam corporis sui vel bonorum suorum vim vi repellat, quod dicitur notwere. Aehnlich heißt es in Rudolphi I constitutio pacis 1281 §. 2 (vergl. 1287 §. 7. Pertz. l. c. S. 432. 449). Wir setten unde gebeden, so wat schaden ene manne gesche, dat he dat selven nith richte (— 1287: niht sell reche —) he ne claget al irst sinen richtern, unde volge siner clage an dat ende alse reth is, it ne sie dat he dar to hant sie to not were sines lives oder sines gudes . . . Die Ausdrücke „richten" und „rächen", auf denjenigen angewandt, welcher die Nothwehr ausübte, sind nichts weiter als etwas mehr emphatische Ausdrücke statt des sonst vorkommenden defendere. Daß in diesen Stellen weder von einem eigentlichen Richten noch von einem eigentlichen Rächen die Rede sein kann, dürfte schon daraus folgen, daß in dem Landfrieden von 1287 §. 7 diese beiden, ihrer eigentlichen Bedeutung nach doch sehr verschiedenen Worte vollständig promiscue gebraucht sind [6]).

6) Geyer a. a. O. S. 99 scheint — wohl mit Unrecht — diesen Worten eine größere Bedeutung beizulegen als oben geschehen ist. Vergl. übrigens auch

Aber obwohl die übrigen Rechtsquellen das Verhältniß der Nothwehr zur Eigenmacht nicht ausdrücklich berühren, so muß dennoch auch für diese behauptet werden, daß sie die in der Nothwehr enthaltene Eigenmacht nicht verkannten und nicht verkennen konnten. Es ist an sich allerdings möglich, daß man sich durch die Hülfe des Richters, durch den Beistand der staatlichen Autorität in seinen Rechten schützt. So lange dieses aber noch der Fall ist, kann von irgend einem Nothzustande, in dem man sich befindet, nicht die Rede sein. Dieser Nothzustand ist aber, wie oben zu zeigen versucht wurde, eine nothwendige Voraussetzung, wenn überhaupt von Nothwehr gesprochen werden soll. — Auch erwähnen die Quellen nur solche Fälle, in denen der Angegriffene sich selbst vertheidigt; jede Selbstvertheidigung ist aber eine eigenmächtige Handlung.

Nach den Bestimmungen der Reichsgesetze dürfen wir nicht anstehen zu behaupten, daß die Eigenmächtigkeit, welche in der Nothwehr enthalten ist, nicht bestraft werden darf; woraus denn allerdings für die strafrechtliche Behandlung der Nothwehr an sich noch gar nichts folgt. — Hierauf wird indessen noch weiter unten einzugehen sein.

Fassen wir nun die im Vorhergehenden zusammengestellten Erfordernisse der Nothwehr, wie sich dieselben in unsern Quellen vorfinden, zusammen, so würde sich folgende Definition dieses Begriffes ergeben:

Nothwehr ist Selbstvertheidigung zur Abwehr eines Nothzustandes, in welchen eine Person durch einen widerrechtlichen Angriff versetzt worden ist.

Zur weiteren Erläuterung dieser Definition ist noch folgendes anzuführen:

---

zu den im Texte angeführten Stellen der Reichsgesetze Levita a. a. O. S. 79.

1) Mit Bezug auf das Recht, welches durch Nothwehr geschützt werden darf. Die norddeutschen Quellen sprechen da, wo sie das angegriffene Recht ausdrücklich erwähnen, nur von einer zum Schutze des Leibes vorgenommenen Nothwehr. (Vergl. z. B. Verm. Ssp. IV. 1. 2. Blume des Magdeb. Rechts I. 125 bei Homeyer S. 349. Vestenrecht zu Schwelm (Grimm Weisth. Bd. III. S. 30). Landrecht der sieben Freien (Grimm Weisth. Bd. III. S. 68). Doch glaube ich kaum, daß man annehmen darf, die norddeutschen Rechtsquellen hätten die Nothwehr nur da für berechtigt anerkannt, wo es auf eine Vertheidigung von Leben oder Gesundheit ankam. Dagegen spricht nämlich die sehr allgemeine Ausdruckweise, deren sich andere Quellenstellen bedienen, um Art und Umfang des Angriffes zu bezeichnen. Einige nennen den zur Nothwehr Veranlassung gebenden Angriff „Friedbruch“[7]). Und wenn nun auch zweifellos Angriffe auf Leben und Gesundheit unter die Kategorie des Friedbruches fallen, so darf man umgekehrt gewiß nicht annehmen, daß jeder Friedbruch allemal einen Angriff auf Leben oder Gesundheit enthalten habe. — Andere Quellen[8]) bezeichnen den Angriff noch unbestimmter, indem sie nur sagen, es sei dem Angegriffenen ein „Unrecht“ geschehen. Ja der Verm. Ssp. III. 17. 45 findet bereits in dem an einem Juden begangenen „Unfug“ eine genügende Veranlassung zur Nothwehr. — Diese von den Quellen benutzten allgemeinen Ausdrücke würden sich aber in der That kaum rechtfertigen lassen, wenn es wahr wäre, daß nur und ausschließlich Angriffe auf Leben und Gesundheit gegründete Veranlassung zur Nothwehr gegeben hätten. Es mochten die häufigsten Fälle sein, in welchen derartige Angriffe die Veranlassung zur Nothwehr

---

7) Naumburg-Haller Schöffenspr. (Mühler S. 87 No. 16). Gosl. Stat. S. 35. Z. 17 ff. Z. 30 ff.

8) Verm. Ssp. VI. 18. 2. Gosl. Stat. S. 34. Z. 35.

darboten. Wäre aber die Nothwehr auf die Abwehr dieser Angriffe rechtlich beschränkt gewesen, so wäre diese Beschränkung in den Quellen jedenfalls bestimmt hervorgehoben worden, sei es, daß man ausschließlich Leib und Leben als die zu vertheidigenden Güter genannt, sei es, daß man irgend einmal einen Gegensatz zwischen erlaubter und unerlaubter Nothwehr mit Bezug auf das zu vertheidigende Recht gemacht hätte. Statt dessen aber findet man Ausdrucksweisen, durch welche irgend eine Beschränkung der angedeuteten Art durchaus unwahrscheinlich gemacht wird.

Dazu kommt nun aber noch, daß die Reichsgesetze die Nothwehr ausdrücklich als zulässig auch gegen Vermögensverbrechen anerkennen. Friderici I const. de pace tenenda (1156) Pertz l. c. S. 103 .... ut se a praedone defendat. Landfriede 1235 (Pertz l. c. S. 314) .... ad tutelam corporis sui vel bonorum suorum. Landfrieden 1281 §. 2 — 1287 §. 7 (Pertz l. c. S. 432. 449) to not were sines lives oder sines gudes. — Ich kann mit Geyer[9]) nicht übereinstimmen, wenn derselbe die Ausdehnung des Begriffes der Nothwehr auf die Vertheidigung gegen Angriffe auf das Eigenthum leugnet. Denn wenn es auch richtig sein mag, daß der Ausdruck vim vi repellere nach der damals allgemeinen Meinung einen Angriff auf die Person bezeichnet habe, — was übrigens doch noch einen Beweis erfordern würde — so wird dieses doch nicht ausschließlich der Fall gewesen sein. Wenn Geyer weiter zur Unterstützung seiner Ansicht darauf aufmerksam macht, daß der Landfriede von 1287 statt der Worte »sines lives oder sines gudes«, die sich im Landfrieden von 1281 finden, die Worte »sines lives und sines gutes« benutzt, so erscheint dieses nur als etwas Zufälliges. Keineswegs folgt daraus, wie Geyer will, daß der Landfriede von 1287 die Nothwehr zur Ver-

9) a. a. O. S. 99 in der Note.

theidigung von Vermögen nur dann zugelassen habe, wenn mit dem Angriff auf das Vermögen ein Angriff auf die Person verbunden war, zu welcher Ansicht die Worte des Landfriedens von 1156 — ut a praedone se defendat — allenfalls Veranlassung geben könnten, wenn man dieselben für sich allein betrachtete. — Um das Fehlerhafte der Geyerschen Ansicht zu erkennen, ist es nur nöthig, die Schlußbestimmung des Landfriedens von 1287 §. 7 zu lesen. Wenn es dort heißt: Swer sich andirs richet danne hie vur gescriben ist, swaz schaden er darumme ieman dut, den sol er zwifalt gelten, und swaz schaden im geschehen ist, der sol gar virlorn sin, und sol keine clage darnach gewinnen — so leuchtet ein, daß sich diese Worte ausschließlich auf Vermögensstreitigkeiten beziehen, woraus denn weiter folgt, daß, wer in Vermögensstreitigkeiten sich selbst „richtet" in der Art und Weise, wie es am Anfange des §. 7 beschrieben ist, weder sein Recht verliert, noch auch verpflichtet sein kann, dem Gegentheil den doppelten Werth des Streitobjektes zu ersetzen. — Auch können außerdem zur Erläuterung der Reichsgesetze einige Stellen des Schwabenspiegels angeführt werden, welche in den klarsten Ausdrücken die Zulässigkeit der Nothwehr bei Angriffen auf das Vermögen aussprechen. Will man diesen Beweis nicht erblicken in art. 233 (Laßberg), weil es an dieser Stelle heißt — dar ich meinen lip und min gut also mit der notwer gerettet habe — welche Worte möglicherweise auf die gleichzeitige Vertheidigung von Leib und Gut beschränkt werden könnten; so würde doch art. 201. e. jeden Zweifel beseitigen, da an dieser Stelle von erlaubter Nothwehr gegen den Diebstahl gesprochen wird, ohne daß auch nur die geringste Andeutung dafür gemacht wäre, daß der in seinen Vermögensrechten Angegriffene irgend welche Gefahr für seine persönliche Sicherheit zu besorgen gehabt hätte. — Das Verhältniß aber zwischen den kaiserlichen Constitutionen und dem Schwabenspiegel ist jedenfalls ein so inniges, daß Zweifel, welche bei Er-

klärung der Reichsgesetze entstehen mögen, wohl durch Bezugnahme auf den Schwabenspiegel ihre Lösung finden können.

Ich möchte an das Gesagte gleich noch Folgendes anknüpfen. Wenn es nicht gut bezweifelt werden kann, daß das der CCC. voraufgehende Recht die Nothwehr nicht blos zum Schutze von Leib und Leben gestattet hat, so muß auch angenommen werden, daß die CCC. selbst, falls in derselben nicht ganz ausdrückliche Beschränkungen für die Anwendbarkeit der Nothwehr aufgefunden werden können, eben nur ein Beispiel für die Zulässigkeit derselben bringen will. Es ist das eklatanteste Beispiel von der CCC. gewählt worden; die Grundsätze aber, welche bei dieser Gelegenheit ausgesprochen werden, lassen ohne Schwierigkeit eine analoge Ausdehnung durch die Praxis zu, wie dieses denn auch, und zwar ganz entsprechend dem der CCC. voraufgehenden Rechtszustande, geschehen ist [10]).

2) Mit Bezug auf die Art, das Mittel der Vertheidigung. Es ist hier im Allgemeinen anzuführen, daß die Art der Vertheidigung unbeschränkt gewesen ist. — Wir finden in den Quellen Belege dafür, daß man sich mit der bloßen Androhung

---

10) Vergl. CCC. art. 138 ff. Levita a. a. O. S. 143 f. — Geyer a. a. O. S. 135. 136. will die Bestimmungen der CCC. nur auf eine Vertheidigung gegen einen „lebensgefährlichen Anfall (tödtlichen waffen)“ beschränken. Es ist dies um so auffallender, als G. selbst sagt, der Verf. der CCC. habe sich hauptsächlich auf die süddeutschen Rechtsbücher und auf die Ausführungen Brant's über das römische Recht gestützt“, und S. 132 bei Darlegung der Ansicht Brant's über die Nothwehr auch folgende Sätze anführt:

Die Vertheidigung liegender Güter ist in continenti, wenn keine »frembde that darzwischen geschehen ist«, erlaubt.

Den nächtlichen Dieb darf ich tödten, »so ich ihm meinen schaden an meiner habe nicht übersehen mag« . . . etc.

Also die Quellen, auf welche die CCC. sich stützte, kennen die Nothwehr zur Vertheidigung von Vermögensrechten, und durch die CCC. soll doch diese Art der Nothwehr nicht anerkannt worden sein!!

der Vertheidigung begnügte [11]). Unter den Thätlichkeiten, deren man sich zur Abwehr des Angriffes bediente, sind einzelne von der Art, daß durch sie eine Verletzung des Angreifers gar nicht bewirkt wird; man rauft sich mit dem Angreifer [12]), man schlägt ihn mit Knütteln oder mit Fäusten [13]). Es finden sich dann die leichteren Verwundungen, die Blutrunst [14]), das blau und blutig schlagen [15]) als Vertheidigungsmittel erwähnt; endlich in sehr zahlreichen Stellen Verwundungen jeder Art [16]) und Tödtungen [17]). — Wie unbeschränkt das Vertheidigungsrecht bei der Nothwehr gewesen, zeigt auch Verm. Ssp. IV. 5. 5. Wunden sich czwene under einander, der eine mit einem swerte, der ander mit einem messer, der mit dem swerte beheldet dy vorclage, und mac disen czu kampfe bringen, daz er mit dem messer nicht mac getun, er bewise denn ein recht notwere, alz vor beschriben ist. Der Sinn dieser Stelle ist folgender: Wenn zwei Personen in Streit gerathen und sich gegenseitig dabei verwunden, so ist derjenige, der sich bei diesem Streite eines Schwertes bediente, hin-

---

11) Bremisches Recht Antiqua 1303 (Oelrichs S. 35 al. 1) 1428 IV. 24 (S. 390).

12) Verm. Ssp. IV. 2. 3.

13) Verm. Ssp. IV. 4. 3.

14) Verm. Ssp. IV. 1. 1. IV. 1. 2.

15) Lübisches Recht IV. 51.

16) Ssp. III. 78 §. 6. Verm. Ssp. IV. 5. 2. IV. 5. 3. IV. 5. 4. IV. 5. 5. IV. 5. 7. IV. 18. 2. IV. 18. 3. Weichbild art. 47 §. 3. Gosl. Stat. S. 35. Z. 3. S. 34. Z. 35. Breslauer Recht 1261 §. 53. Naumburg-Haller Schöffensprüche (Mühler S. 87 No. 16). Landrecht der sieben freien (Grimm Weisth. Bd. III. S. 68).

17) Ssp. II. 14. III. 84 §. 3. Richtsteig cap. 32 §. 2. 3. Verm. Ssp. IV. 6. 1. IV. 6. 2. Blume des Magdeb. Rechts I. 125. Gosl. Stat. S. 11. Z. 38. S. 33. Z. 1. S. 49. Z. 17. Anhang zu Magdeb. Fr. F. 548 S. 2. Lüneburger Stadtrecht (Kraut S. 62 al. 4). Vestenrecht zu Schwelm (Grimm Weisth. Bd. III. S. 30). Friderici I constitutio de pace tenenda (1156) (Pertz tom. legg. II. S. 101. Z. 45).

sichtlich der processualischen Gerechtsame günstiger gestellt als derjenige, der mit einem Messer kämpfte. Kann indessen letzterer beweisen, daß er angegriffen wurde, daß er sich mit seinem Messer nur in rechter Nothwehr vertheidigte, so nimmt er aus diesem Grunde die günstigere processualische Stellung ein, er gewinnt die Vorklage trotz der Benutzung einer Waffe, die ihn sonst hinsichtlich des Strafverfahrens benachtheiligt haben würde.

Diese Unbeschränktheit der Vertheidigungsart und der Vertheidigungsmittel bezieht sich selbstverständlich nur auf die Ausübung der Nothwehr im Allgemeinen. Für den einzelnen konkreten Fall wird behauptet werden müssen, daß die Vertheidigung, wenn sie anders noch als Nothwehr aufgefaßt werden sollte, ihre Grenzen durch den jedesmaligen Angriff angewiesen erhalten habe. — Ausdrücklich ist dieses zwar nirgends in unsern Quellen ausgesprochen; es folgt dies aber daraus, daß die Nothwehr, wie oben gezeigt, keinen anderen Zweck hat als den, den Angegriffenen aus dem Nothzustande zu befreien, in welchen ihn der widerrechtliche Angriff versetzt hatte. Ist dieses erreicht, so ist keine weitere Veranlassung zur Nothwehr vorhanden, es können also auch die weiteren Verletzungen durch die Nothwehr nicht entschuldigt werden.

Hieraus würde sich denn auch ergeben, daß eine Verfolgung des in die Flucht geschlagenen Angreifers unzulässig gewesen sein muß. Es kann freilich nicht verschwiegen werden, daß die einzige Stelle, welche in unsern Quellen von der Verfolgung des Angreifers handelt — Naumburg-Haller Schöffensprüche (Mühler S. 87 No. 16) — das Gegentheil von dem eben Gesagten ausspricht — . . . mag her daz beczugen selp sybende daz her (nämlich der Angegriffene) on in der tat oder in der vlucht der tat dar her vrede an ome brach oder brechin wolde gewundet hat so blibit her des ane schaden. Mag her abir des nicht so gezcugen so muz her antwerten umme dy wunden als recht ist. — Der Angreifer ist nach den Worten dieser Stelle

bereits in die Flucht geschlagen, auf der Flucht wird er von dem ihn verfolgenden Angegriffenen verwundet; die Nothwehr soll auch diese Verwundung entschuldigen. — Ich glaube, daß diese eine Stelle als Ausnahme von der oben aufgestellten Regel sich wird auffassen lassen. Abgesehen nämlich davon, daß der Angegriffene durch den Angriff in einen Zustand des Affektes gebracht sein kann, welcher die Verfolgung des Angreifers entschuldigen mag, so wird auch noch weiter zu beachten sein, daß in manchen Fällen eine wirksame Vertheidigung auch eine Verfolgung und eine theilweise Unschädlichmachung des Angreifers nothwendig macht. Derartige Verhältnisse mögen es denn gewesen sein, auf welche das eben angeführte Schöffenurtheil zu beziehen ist.

3) Mit Bezug auf die dem Angegriffenen zu gewährende Hülfe finden wir eine ausdrückliche Vorschrift dafür, daß dieselbe nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten gewesen ist, außer im Ssp. III. 78 §. 7[18]), noch im Verm. Ssp. III. 17. 45. Jeder Christ soll, wenn an einem Juden Unfug verübt wird, gleichviel ob bei Tage oder bei Nacht, hinauslaufen, um den Angegriffenen zu schützen; wer dieses unterläßt, der hat an das Gericht dreißig Schillinge zu zahlen. — Erwägen wir aber, daß bei der Nothwehr regelmäßig das Gerüfte erhoben wurde, daß jedermann verpflichtet war dem Gerüfte nachzufolgen, so haben wir mittelbar in diesen Bestimmungen nicht blos einen Beweis für das Recht, sondern auch für die Verpflichtung, einem widerrechtlich Angegriffenen die erforderliche Hülfe und Unterstützung zu gewähren.

---

18) Vergl. Levita a. a. O. S. 100. Die von Levita angeführte Stelle Ssp. III. 78 §. 5 gehört wohl nicht hieher; denn obwohl in derselben von Vertheidigungen gesprochen wird, so gehen diese Vertheidigungen doch über das Gebiet der Nothwehr hinaus. Nur uneigentlich wird man vom Kriege sagen, es sei derselbe ein Akt der Nothwehr, und mit nicht größerem Rechte wird man behaupten dürfen, daß der im Kriege gewährte Beistand eine Hülfsleistung bei der Nothwehr sei.

4) Als eine Specialität des älteren Rechtes kann es angeführt werden, daß eine gewisse Art von Nothwehr auch gegen Kinder[19]) und selbst gegen Thiere anerkannt zu sein scheint[20]).

§. 26.

Strafrechtliche Folgen der Nothwehr.

Um die strafrechtlichen Folgen der Nothwehr zu verstehen, ist es nothwendig zunächst das Faktum zu constatiren, daß auf die in der Nothwehr begangenen Verletzungen bald Wergeldszahlung folgt[21]), bald dagegen gar keine nachtheiligen Folgen mit denselben verknüpft sind[22]). Für ersteres finden wir die Beweisstellen, wie das in den Noten zusammengestellte Material zeigt, nur in geringerer Anzahl vor und auch diese konnten nur den beiden Rechtsquellen, Sachsenspiegel und verm. Sachsenspiegel entnommen werden. Diejenigen Quellenstellen dagegen, welche keine Wergeldszahlung mit der Ausübung der Nothwehr in Verbindung bringen, sind bei weitem zahlreicher und verbreiten sich namentlich auch über einen viel größeren Quellenkreis. Wir dürfen daher davon ausgehen, daß der Regel nach die in Nothwehr begangene Verletzung durchaus keine nachtheiligen Folgen für den Urheber derselben herbeiführte. Ob nun aber in den=

19) Verm. Ssp. IV. 17. 3.

20) Ssp. II. 62 §. 2. Gosl. Stat. S. 43. Z. 31. Vergl. Levita a. a. O. S. 100. not. 22.

21) Vergl. Ssp. II. 14. Verm. Ssp. IV. 5. 2. IV. 5. 4. IV. 5. 7. IV. 6. 1.

22) Vergl. Ssp. II. 62 §. 2. Verm. Ssp. IV. 1. 2. IV. 2. 3. IV. 17. 3. Gosl. Stat. S. 35. Z. 36. S. 34. Z. 35. S. 43. Z. 31. Naumburg=Haller Schöffensprüche (bei Mühler S. 87 No. 16). Lübisches Recht IV. 51. Bremisches Recht Antiqua 1303. S. 35. al. 1. 1428 IV. 28. (Oelrichs S. 390). Vestenrecht zu Schwelm (Grimm Weisth. Thl. III. S. 30).

jenigen Stellen, in welchen die Wergeldszahlung nach der ausgeübten Nothwehr verlangt wird, eine Ausnahme von der so eben aufgestellten Regel enthalten ist, das hängt davon ab, ob der rechtliche Grund für die Wergeldszahlung in der Nothwehr selbst, oder in anderen mit der Nothwehr zusammenhängenden Umständen ihre rechtliche Begründung findet. — Nur im ersteren Falle würde durch die in Note 21 angeführten Stellen eine Ausnahme von der Regel bedingt sein; im letzteren dagegen nicht, weil ja nicht die Nothwehr den nachtheiligen Erfolg äußern würde, sondern jener andere Umstand, der zufällig mit der Ausübung der Nothwehr zusammentrifft.

In der Theorie ist augenblicklich Streit darüber, ob das eine oder das andere anzunehmen sei. Während nämlich gewöhnlich angenommen wurde[23]), die im Ssp. und Verm. Ssp. bei Gelegenheit der Nothwehr vorkommende Wergeldszahlung sei eine rechtliche Folge der Nothwehr, ist neuerdings Levita[24]) mit der Ansicht hervorgetreten, der rechtliche Grund der Wergeldszahlung sei darin zu finden, daß derjenige, der einen anderen in Nothwehr tödtete, nicht bei dem Getödteten blieb, sondern denselben verließ[25]).

Ich halte diese Ansicht für unrichtig, schließe mich vielmehr dem Resultate nach der älteren Anschauung an[26]).

Zunächst ist es erforderlich, in unbefangener Weise diejenigen Quellenstellen zu betrachten, welche eine Wergeldszahlung mit der Ausübung der Nothwehr in Verbindung bringen.

---

23) Die einzelnen Literaturverweisungen siehe bei Geyer, a. a. O. S. 100. 101.

24) a. a. O. S. 126 ff.

25) Der Ansicht von Levita sind gefolgt: Geyer a. a. O. S. 101. Walter deutsche Rechtsgeschichte (2. Aufl.) Bd. II. S. 404. not. 21. Siegel Gerichtsverfahren S. 83. not. 14.

26) Eine direkte Widerlegung der Levita'schen Ansicht kann erst weiter unten gegeben werden.

Hieher gehört Ssp. II. 14 §. 1. Sleit en man den anderen durch not to doden ne darn he nicht bi ime bliven, dat he ine vor gerichte bringe unde over ine richte, vor sines lives angeste; kumt he sunder doden vor gerichte, unde bekant he's er man over ine klage, und biut he sik dar umme to rechte, man ne sal ime sinen hals dar umme nicht verdelen. Deme richtere sal man er delen up ine dat hogeste gewedde der penninge, die man ime pleget to weddene, unde den magen ir wergelt; .... folgen Vorschriften über die Vorladung der Verwandten des Gestorbenen, um das ihnen gebührende Wergeld in Empfang zu nehmen. — Der Schluß des §. 1 lautet: Umme den man ne mach ime nieman an sinen hals spreken, dar he sik to rechte umme geboden hevet, ir man up ine klage. — Diese Stelle sagt also nichts weiter als Folgendes: Wenn jemand aus Furcht vor einem erneuerten Angriffe, oder wegen anderer Umstände, die ihn für seine Sicherheit besorgt machen, den Todten nicht selbst vor Gericht bringt, doch aber, ehe ein anderer gegen ihn klagt, sich zu Recht erbietet und die Nothwehr darzuthun unternimmt, so ist derselbe jedenfalls vor der Todesstafe sicher; natürlich unter der Voraussetzung, daß er die Nothwehr dargethan haben werde. Dagegen befreit ihn der Beweis der Nothwehr nicht von der Wergeldszahlung, ebensowenig von der Entrichtung des Geweddes. Ob dieses anders gewesen wäre, wenn er bei dem Todten geblieben, oder diesen selbst vor Gericht gebracht hätte, darüber sagt Ssp. II. 14 kein Wort. — Die nothwendige Voraussetzung aber, daß man dem in Nothwehr Handelnden nicht an sinen hals spreken darf, ist die, daß er sich selbst dem Gerichte dargeboten hat, ehe ein anderer gegen ihn klagt.

Damit stimmt überein: Verm. Ssp. IV. 6. 1. Slet eyner den andern czu tode in notwere, hat her des syne schrylute, unde irczugete ir daz selbsebende, he gibt den frunden das wergelt noch siner geburt, unde deme gerichte sin gewette.

Dornoch sal man ome frede werken kegen sinen frunden mit orteylen, zcu libe unde zcu gute. Diese Stelle bestätigt dasjenige, was mit Bezug auf Ssp. II. 14 gesagt ist. Wergeld und Gewedde wird gezahlt für die in Nothwehr begangene Tödtung, unter der Voraussetzung, daß bei der Ausübung der Nothwehr das Gerüfte erhoben, und der Beweis der Nothwehr selbsieben geführt war. — Von einem Verbleiben bei dem Todten ist in dieser Stelle kein Wort zu finden.

Wo möglich noch deutlicher wird derselbe Grundsatz durch Verm. Ssp. IV. 5. 7 ausgesprochen: Wunden sich zcwene under enander so, daz eyner sterbet, der ander doch lebende blibet, spricht der, he habe is in notwere getan, unde had sine schryman, unde bewist daz selbsybende: he gibt den frunden daz wergelt unde deme gerichte daz gewette; dornoch en magk on zcu kampphe nymant gesprechen, unde sy von den frunden los. Bewist er aber dy notwere nicht, so mac man volgen mit rechter clage, und er mus liden recht gerichte. — Auch hier wird nur davon gesprochen, daß die Schreileute zum Beweise der Nothwehr vorhanden, daß mithin das Gerüfte erhoben sein müsse; von etwas Weiterem ist nicht im Entferntesten die Rede. Ja wir können aus dieser Stelle entnehmen, daß die Wergeldszahlung einen Gegensatz bildet zu dem rechten Gerichte, welches sonst in Folge der Tödtung eintritt. Es ist kein rechtes Gericht, welches den in Nothwehr Handelnden trifft, aber es ist doch überhaupt ein Gericht, eine Verurtheilung in Folge der Nothwehr zu erdulden.

Die bisher angeführten Stellen handeln von der Tödtung in Nothwehr. Aehnlich gestaltet sich die Sache, wenn statt der Tödtung nur eine schwerere Verwundung aus der Nothwehr hervorging. Hieher gehören: Verm. Ssp. IV. 5. 2. Wer eyn wundet eyner kamphbar wunden in nod, magk her dy nodwer bewisen selbsobende, so mag man on dorumbe nicht be-

kempphen. Mit deme cleger mus he sich berichten noch gnaden, ab her mag. Mag her des nicht getun so gebe her der wunden or ersacztes wergelt. Dy hand had her nicht vorbort, wan her is in nodwer getan had, sundern deme gerichte mus her wetten. — Der Umstand also, daß jemand einem anderen in Nothwehr eine kampfbare Wunde beigebracht hat, befreit ihn von der verstümmelnden Strafe, nicht aber von der Gewedbezahlung. Das rechtlich bestimmte Wergeld für die Wunde kann umgangen werden, wenn der Verletzte sich zu einem Vergleich bereit finden läßt; das Recht, die Wergeldszahlung fordern zu dürfen, wird ihm ausdrücklich zugesprochen. — Ein anderer rechtlicher Grund, als die in Nothwehr begangene Verletzung selbst, kann für die Wergelds- und Gewedbezahlung dieser Stelle gegenüber unmöglich gedacht werden.

Endlich ist noch Verm. Ssp. IV. 5. 4 anzuführen: Wunden sich czwene under eynander mit glicher wer, unde komen beyde vor gerichte unde clagen, spricht der eyne, he habe dy notwer getan, bewist her daz selbsybende, he behilt dy vorclage, ab iens wunde wol grosszer ist; so en magk on dach nymant angespreche mit kampfe. (Aber den andern spricht man an mit kampfe. Wette und buse mussen sy beide tragen.)

Die letzten Worte sind ein späterer Zusatz; wir dürfen daher auf dieselben, so weit sie im Widerspruche mit anderen Bestimmungen stehen, kein Gewicht legen; aber es ist anderen Bestimmungen durchaus entsprechend, daß auch an dieser Stelle die Nothwehr als rechtliche Veranlassung der Gewedbezahlung zu Grunde liegt.

Weitere Quellenzeugnisse kann ich dafür, daß Wergeld und Gewedde in Folge der Nothwehr verlangt wird, nicht beibringen. — Wir ersehen hieraus, daß es nur zwei Quellen sind, welche auf Nothwehr Gewedbezahlung und Wergeld folgen lassen. Sodann

ist aber noch darauf aufmerksam zu machen, daß auch nach den Grundsätzen dieser beiden Rechtsquellen ein nachtheiliger Erfolg der Nothwehr nur dann eintritt, wenn letztere entweder zur Tödtung oder doch wenigstens zu einer Kampfwunde geführt hat. — Bewirkte die Nothwehr nur einen geringeren Schaden, so bleibt auch nach den Bestimmungen dieser Quellen Wergelds- und Geweddezahlung ausgeschlossen[27]).

Alle übrigen Quellenzeugnisse sprechen sich dahin aus, daß ohne Rücksicht auf den Erfolg die Nothwehr niemals einen nachtheiligen Einfluß für den Angegriffenen haben könne[28]).

Um diese Erscheinungen auf ihren juristischen Grund zu führen, ist es nothwendig, auf die Willensbestimmung des Handelnden bei Ausübung der Nothwehr etwas näher einzugehen.

Jedenfalls muß die Selbstvertheidigung aus der Willensbestimmung des Handelnden hervorgehen; dasjenige, was zum Zwecke der Selbstvertheidigung geschieht, ist absichtlich unternommen, die in Nothwehr begangenen Verletzungen sind absichtliche Handlungen. — Aber andrerseits entsteht der Entschluß zum absichtlichen Handeln bei dem Angegriffenen nicht freiwillig; vielmehr ist derselbe durch den widerrechtlichen Angriff gezwungen worden, den Entschluß zu der Verletzung des Angreifers zu fassen. — Demgemäß müssen wir sagen, die Nothwehr enthält eine absichtliche Handlung, wenn wir die Handlung an und für sich betrachten; die Nothwehr enthält eine unfreiwillige Handlung, wenn wir das Motiv der Handlung in's Auge fassen. — Der letztere Gesichtspunkt ist in unsern Quellen keineswegs unberücksichtigt geblieben, vielmehr läßt sich behaupten, daß das Moment der Unfreiwilligkeit dahin geführt hat, die in Nothwehr begangenen Verletzungen unter die Kategorie der unabsichtlichen Rechtsverletzungen zu stellen. — Denn daß rein objektiv aufgefaßt durch

27 u. 28) Vergl. die oben not. 22 angeführten Stellen.

die Nothwehr ein Recht des Angreifers verletzt wird, kann nicht bezweifelt werden. — So sagt Friderici I. const. de pace tenenda (1156) (Pertz l. c. S. 101): Si quis hominem infra pacem constitutam occiderit, capitalem subeat sententiam, nisi per duellum hoc probare possit, quod vitam suam defendendo illum occiderit. Si autem omnibus manifestum fuerit, quod non necessario sed voluntate illum occiderit, tunc neque per duellum, nec quolibet alio modo se excusabit, quin capitali dampnetur sententia. — Dem voluntate occidere ist das necessario occidere entgegengesetzt; das unfreiwillige Tödten bildet den Gegensatz nicht zum freiwilligen, sondern zum absichtlichen Tödten. Das unfreiwillige wird somit identisch benutzt mit dem unabsichtlichen. — Weiter führe ich hier an: Verm. Ssp. IV. 1. 2. Geschet eyn blutrunst in notwere undanckes, dar man bekennet vor gerichte, mag her dy notwere bewisen selbsobende, daz er sich sinez libez geschuczt habe, unde dy notwere sy geschen wedder sinen willen und wider sinen dank, so ist her ane wandel kegen deme cleger unde kegen deme gerichte . . . — Die Blutrunst in Nothwehr wird gleich geachtet einer Blutrunst, die undanckes geschieht, die wider des Thäters Willen und wider sinen dank entstanden ist. — Ebenso sagt Verm. Ssp. IV. 1. 1: Blutrunste sin mannicherley, wen sy mogen geschen danckes adder undanckes, danckes von willen, undanckes von notwere . . . Es bedarf kaum der Erwähnung, daß unter den Rechtsverletzungen, die undanckes geschehen, die in Nothwehr geschehenen nur als ein Beispiel angeführt werden. — Verm. Ssp. IV. 5. 2, eine Stelle, die oben S. 298 bereits mitgetheilt ist, bestimmt für die in Nothwehr beigebrachten Kampfwunden die Zahlung des rechtlich normirten Wergeldes. Unmittelbar darauf (IV. 5. 3) heißt es dann: Also selbest ist is ouch, ab eyn man den andern wundet undanckes . . . d. h. dieselben

nämlich das Handeln in einem Zustande der Noth, der Unfreiheit, wo nicht gänzlich übersehen, so doch jedenfalls ohne entscheidenden Einfluß auf die rechtliche Beurtheilung geblieben. — Aus diesen Gründen konnte sich diese strafrechtliche Behandlung der Nothwehr unmöglich lange in der Praxis erhalten. Schon die Glosse zu Ssp. II. 14 versteht nicht mehr die Wergeldszahlung in Folge der Nothwehr und behandelt dieselbe, falls nur Verwundung eingetreten war, als ein dem Verletzten zu zahlendes Schmerzensgeld[32]).

Auch stehen, wie erwähnt, die beiden genannten Rechtsquellen mit ihrer strafrechtlichen Behandlung der Nothwehr vereinzelt da. In den übrigen norddeutschen Quellen wird das Handeln in Nothwehr als ein rechtmäßiges Handeln aufgefaßt. Meistentheils zeigt sich diese Auffassung freilich nur in der aus derselben hervorgehenden Consequenz, indem durchaus keine nachtheiligen Folgen für die in Nothwehr begangenen Verletzungen bestimmt werden; was der Fall sein müßte, wenn auch die übrigen Rechtsquellen in denselben unabsichtliche schuldvolle Rechtsverletzungen erblickt hätten. — Aber auch direkt zeigen wenigstens einzelne Quellenstellen, daß man das Handeln in Nothwehr als ein rechtmäßiges Handeln auffaßte. Ich führe hier an: Gosl. Stat. S. 49. Z. 17. Sleit en use börghere enne user borghere dot unde wert de vredebrekere in hanthaftiger dat upghehalden, over den scal men richten, unde nenerleye gnade noch bede ne scholet eme to hülpen komen: et en si denne in notwere oder mit rechte gheschen, dat he bewisen mach. — (Vergl. Gosl. Stat. S. 11. Z. 38.)

Diese letztere Auffassung muß gegenüber der des Sachsenspiegels als die allein berechtigte und entwickelungsfähige bezeichnet werden. — Obwohl die CCC. derselben folgt, so ist doch an dieser

32) Vergl. Hälschner a. a. O. S. 50. not. 6. Vergl. auch Verm. Ssp. IV. 4. 3.

Stelle auf die einzelnen Bestimmungen dieser Rechtsquelle nicht näher einzugehen, da die historische Grundlage der Nothwehrsbestimmungen in der CCC., abgesehen von römisch-rechtlichen Elementen, wohl ausschließlich in süddeutschen Rechtsquellen zu suchen ist[33]).

§. 27.

Processualische Behandlung der Nothwehr.

Um zu einer klaren Vorstellung des gerichtlichen Verfahrens zu gelangen, welches auf die Nothwehr folgte, erscheint es zweckmäßig die Fälle, in welchen die Nothwehr auf eine Verwundung des Angreifers beschränkt blieb, von denen zu sondern, bei welchen die Tödtung desselben eintrat.

I. Der Angreifer ist verwundet. — Für diesen Fall kommt es zunächst darauf an, die processualische Stellung der Parteien zu bestimmen. — Meistentheils nämlich wird da, wo es wegen eines Verbrechens zur gerichtlichen Verhandlung kommt, die Parteistellung keine Schwierigkeiten machen; der Verletzte, Angegriffene ist der Kläger, der Angreifer der Verklagte. — Wenn aber bei einem Kampfe jeder der kämpfenden Theile Angreifer und Angegriffener ist, so müßte entsprechend dieser Duplicität der kämpfenden Personen auch eine Duplicität für die Parteistellung in dem an diesen Kampf sich anschließenden Prozeß gefordert werden, d. h. jede der kämpfenden Personen müßte sowohl als Kläger wie auch als Verklagter aufzutreten befugt sein. — Die gleichzeitige Verhandlung von Klage und Widerklage läßt aber das ältere deutsche Recht nicht zu; bestimmt vielmehr statt dessen, daß die gegenseitigen Ansprüche beider Parteien nach einander zur Aburtheilung gelangen. — Jeder der streitenden Theile hat das Recht gegen den

33) Vergl. Geyer a. a. O. S. 133.

anderen als Kläger aufzutreten; jeder ist verpflichtet, dem anderen als Verklagtem Recht zu gewähren, aber die gegenseitigen Ansprüche werden nicht gleichzeitig, nicht in ein und demselben Verfahren erledigt. Derjenige, der mit seinem Anspruche zuerst auftreten darf, von dem heißt es, er habe die Vorklage[34]).

Ein Beispiel für das successive Verhandeln der gegenseitigen Ansprüche enthält Verm. Ssp. IV. 3. 2. Rouffen sich zcwene mit enander, welcher dy vorclage gewinnet, der ander musz om antworten. He musz om antworten, he mag hirumbe sprechen ia adder neyn. Vorlust er denne, unde gebet om dornoch wedder schuld, der anhub sy sin gewest, da er sich mit im rouffte, dorumbe musz her wedder sprechen neyn adder ia. Bekennet er, er mus ym wider busen und dem gerichte wetten: laukent er, daz stat czu sines einez hant. — Es kann uns nicht entgehen, daß wenn zuerst A den B verklagt und der verklagte B dem A für die demselben zugefügte Verletzung büßt; darauf B den A verklagt und letzterer dem B für die von ihm bewirkte Verletzung büßen muß — dann der Erfolg des ersten Processes durch den des zweiten aufgehoben wird[35]). Da es indessen doch als zweifelhaft angesehen werden darf, ob B, wenn er als Verklagter unterlegen, nachher noch als Kläger den Sieg davon tragen werde, jedenfalls auch der zuerst Verurtheilte die schuldige Bußzahlung nicht so lange hinausschieben durfte, bis er etwa in dem Nachprocesse selbst den Sieg davongetragen und somit durch einen Gegenanspruch den gegen ihn rechtskräftig festgestellten Anspruch vernichtet hätte; so mögen hierin die Erklärungsgründe gefunden werden, weswegen man denjenigen, der zuerst klagen durfte, für den Bevorzugteren hielt. — Doch kommt es für die folgende

34) Vergl. Haltaus Gloss. S. 554. s. v. furkläge.

35) In dieser Weise dürfte sich das Retorsionsrecht bei Injurien und leichteren Verwundungen processualisch erklären.

Darstellung weniger auf die Gründe dieser Erscheinung, als vielmehr nur darauf an, daß diese selbst konstatirt werde.

Daß aber in dem älteren Proceß derjenige für den Bevorzugteren angesehen wurde, welcher im Stande war, die Vorklage für sich zu gewinnen, geht aus den mancherlei Bestimmungen hervor, welche zu dem Zwecke getroffen sind, um zu entscheiden, wem das Recht der Vorklage zu gewähren sei, falls es darüber zum Streite kommen sollte.

Regel war jedenfalls, daß derjenige, welcher zuerst seine Klage anhängig machte, damit auch das Recht der Vorklage erwarb. So sagt Kulm III. 17. Von erstekeit eyner clage von kampir wunden vnd von lempden tzwyschen tzween mannen. Wunden sich tzwene man vndir en andir, also das der eyne enpheet eyne kampir wunde adir me. vnd der andir eyne lemde. Welchir denne vndir den tzweyn mit gerufte yrsten kummet vor dy vyr benke. vnd myt syner clage do yrsten begynnet. des sal ym der richter gesten ... Ja es war nicht einmal nöthig, an Gerichtsstelle die Klage anhängig zu machen: Eine Prävention der Partei zum Zwecke der Vorklage wurde auch schon dann anerkannt, wenn die Partei auch außerhalb des Gerichtes ihre Klage bei dem Richter anmeldete. So bestimmt Gosl. Stat. S. 32. Z. 31. ... Men mach deme voghede in kerken oder in kerchoven oder war he is wol vredebrake klaghen dar men de ersten klaghe mede krighe.

Doch diese Regel hatte mancherlei Ausnahmen. Hatte beispielsweise einer der Kämpfenden eine größere Verletzung als sein Gegner, so wurde demjenigen, der die größte Wunde hatte, die Vorklage gewährt. — Lüneburger Recht (bei Kraut S. 55. al. 2). Were't dat sik twe man wundeden vndertwisschen, vnd worden behalden dar by, welker de groteren wunden hedde, de behalt de ersten claghe. Auer wan he van

eme komen is mit rechte, wil he ene wedder schuldeghen, dat mach he wol don; mer ene mach dar nen man to dwingen[36]) — oder war die Waffe des einen eine gefährlichere als die des andern, so erwarb letzterer die Vorklage — Verm. Ssp. IV. 5. 5. Wunden sich czwene under einander, der eine mit einem swerte der ander mit einem messer, der mit dem swerte beheldet dy vorclage, und mac disen czu kampfe bringen, daz er mit dem messer nicht mac getun . . .

Im allgemeinen läßt sich wohl behaupten, daß nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles demjenigen die Vorklage gestattet wurde, welcher muthmaßlich das größere Recht haben mochte. Dies durfte man von demjenigen annehmen, welcher im Gefühle seines Rechtes zuerst den Rechtsschutz nachsuchte, wenn nicht genügende Gründe, wie die soeben angeführten, diese Vermuthung vernichteten.

Und nun ist zu behaupten, daß derjenige, der in Nothwehr handelte, allemale ein größeres Recht hatte als derjenige, gegen den er sich vertheidigte. Gleichviel also, ob der Angreifende zuerst klagte[37]), ob er die größere Wunde aufzuweisen hatte[38]), ob er sich der minder gefährlichen Waffe bediente[39]); allemale hatte derjenige, der sich auf Nothwehr berufen konnte, die Vorklage. — Es mußte somit, ehe auf Grund der Nothwehr einer der streitenden Parteien das Recht der Vorklage eingeräumt wurde, über das Vorhandensein der Nothwehr selbst kein Zweifel mehr obwalten; d. h. die Nothwehr selbst mußte bewiesen sein, ehe der in Nothwehr Handelnde als Kläger mit der Vorklage zugelassen wurde. Die Frage nach dem Vorhandensein der Nothwehr bildete somit

---

36) Vergl. auch Verm. Ssp. IV. 5. 4. IV. 5. 6.
37) Breslauer Recht 1261. §. 53.
38) Verm. Ssp. IV. 5. 4. IV. 5. 6.
39) Verm. Ssp. IV. 5. 5.

einen Präjudicialpunkt, dessen Erledigung die processualische Stellung der Parteien bedingte.

Zum Beweise des eben Gesagten berufe ich mich auf folgende Quellenstellen: Gosl. Stat. S. 35. Z. 3. Wert en gheaneverdighet mit vredebrake unde röpt he dat gheröchte unde wundet he ienen in der notwere unde kricht iene de vorklaghe, kumt he vore unde mach he dat irtüghen mit twen mannen de vullenkomen sin an erme rechte, de de aneverdeghinghe ghesen hebbet unde dat gheröchte ghehört, so mot men eme erst antwarden. Also der in Folge der Nothwehr Verwundete hat aus irgend einem Grunde, beispielsweise weil er seine Klage zuerst anstellte, die Vorklage erhalten. Dieses Recht wird ihm von demjenigen, der zur Nothwehr durch den widerrechtlichen Angriff provocirt war, dadurch entzogen, daß dieser die stattgehabte Nothwehr nachweist. Von dem Erfolg dieses Beweises hängt es ab, wer die Vorklage anzustellen berechtigt ist. Also die Frage nach der Nothwehr ist präjudiciell für die processualische Stellung der Parteien. — Aehnlich ist das Verhältniß im Breslauer Recht 1261 §. 53 dargestellt. Der widerrechtliche Angriff hat zu einer Verwundung des Angegriffenen geführt. Dieser kommt zu Kräften und verwundet in der Nothwehr seinen Angreifer, kann aber doch vur gerichte nicht komen vnd klagen van vnkraft sines libes oder von angeste sines libes. vnd komet jene man die ine erst wundete mit einer vrevele vore. vnd klage. die ander an deme der vriede erst gebrochen wart. kome na vnd klage des selben tages in der hanthaften tat. vnd bewise die not. vnd geziuget daz mit sinen schreiluten daz her den vrede an ime gebrochen habe. vnd diu urhaf jenes were. vnd sin nicht. geziuget her daz alse recht ist. her gewinnet jeneme die ersten klage ap .... Obwohl also der Angreifer schon wegen der ihm von dem Angegriffenen beigebrachten Verletzung die Klage angestellt, mithin durch die Prävention sich die Vorklage gesichert hatte,

so wird ihm doch dieses Recht entzogen, sobald der Angegriffene die von ihm ausgeübte Nothwehr bewiesen hat[40]).

Es kommt also darauf an, zu zeigen, in welcher Art der Beweis für die Nothwehr geführt wurde. — Eine Uebereinstimmung hinsichtlich der anzuwendenden Beweismittel ist in den Quellen nicht anzutreffen, vielmehr bestimmen einzelne Quellen den Beweis selbsieben[41]), andere dagegen den Zeugenbeweis[42]). Doch kann nicht übersehen werden, daß auch da, wo der Beweis selbsieben vorkommt, derselbe doch nicht mehr ganz vollständig ein Beweis durch Eidhelfer ist, sondern sich schon mehr dem Zeugenbeweise nähert. Denn es war wohl durchaus natürlich, daß diejenigen Personen, welche dem Gerüfte gefolgt waren, die Schreileute, auch als Eideshelfer thätig wurden. Diese Eideshelfer konnten aber eben weil sie bei dem Angriffe und der Vertheidigung gegenwärtig waren, auch ihre sinnliche Wahrnehmung dem Gerichte mittheilen, sie konnten ebenso gut als Zeugen, wie als Eidhelfer verwandt werden.

Dieses Verhältniß findet sich denn auch in den Quellen durch folgende Wendungen angedeutet: Verm. Ssp. IV. 5. 7. . . . had sine schryman, unde bewist daz selbsybende . . . Verm. Ssp. IV. 6. 1. . . . had her des sine schrylude, unde irczugete ir daz selbsebende . . . Breslauer Recht 1261 §. 53. . . . vnd bewise die not. vnd geziuget daz mit sinen schreiluten[43]).

---

40) Vergl. auch Verm. Ssp. IV. 2. 3. IV. 5. Dist. 4. 5. 6.

41) Weichbild art. 47 §. 3. Breslauer Recht 1261 §. 53. Verm. Ssp. IV. 2. 3. IV. 5. Dist. 2. 3. 4. 7. IV. 6. 1.

42) Gosl. Stat. S. 35. Z. 3. Z. 17. Z. 30. Lübisches Recht IV. 51. Bremisches Recht Antiqua. 1303. S. 35. al. 1. 1428 IV. 21. (Oelrichs S. 390.)

43) Beiläufig kann erwähnt werden, daß, wenn gegen ein Thier oder gegen ein Kind Nothwehr ausgeübt wurde, der Beweis derselben durch den einfachen

Wenn nun aber die Nothwehr in der einen oder anderen Weise dargethan ist, so erwirbt derjenige, der in Nothwehr handelte, nicht nur das Recht der ersten, sondern zugleich auch das der einzigen Klage. Durch den Beweis der Nothwehr wird demjenigen, der in Folge der Nothwehr verwundet war, das Recht der Nachklage, die sonst bei andern Fällen gegenseitiger Verletzungen statthaft ist, entzogen. — Derjenige, der in Nothwehr handelte, klagt wegen der an ihm begangenen Verletzung, oder wegen des gegen ihn erhobenen Angriffs. Das Ziel seiner Klage geht auf Erlangung der Buße, die ihm der Angreifer, sei es durch den bloßen Angriff, sei es durch die wirklich eingetretene Verletzung, schuldig geworden ist. — Diejenige Verletzung aber, die der Angreifer erhielt, ist der Regel nach nicht mehr klagbar zu machen; denn durch den Beweis der Nothwehr ist das Recht der Nachklage für den Angegriffenen absorbirt. — Als Beweisstellen führe ich an: Gosl. Stat. S. 34. Z. 35. Anverdighet ok en den anderen unde in der notwere ienen vorwundet unde doch upgheholden wert, unde de de dar bi hebbet ghewesen, dat he ene rechte notwere hebbe ghedan, willen tüghen, wanne se dat hebbet getüghet, so is he des ledich unde los unde so mot men ime antwarden umme dat unrecht dat an ime gheschen is. — Diese Stelle beweist also: Wer den Beweis der Nothwehr geführt hat, wird dadurch ledich unde los von jedem Anspruch, der aus der in Nothwehr von ihm begangenen Verletzung gegen ihn erhoben werden könnte. Dagegen muß man dem in Folge eines widerrechtlichen Angriffes Verletzten wegen dieser Verletzung zu Rechte stehen. Der ganze Proceß wird demnach so eingeleitet, als ob nur ein Verletzter, mithin auch nur ein Kläger wäre, welcher für die empfangene Wunde Recht zu fordern hätte. — Verm. Ssp. IV. 2. 3. Raust

---

Eid des Beklagten geführt wurde. Vergl. Ssp. II. 62 §. 2. Verm. Ssp. IV. 17. 3. Gosl Stat. S. 43. Z. 31.

sich einer mit dem andern in notwere, wil er dy bewise selb VII. daz mac er tun, ob er wil, so vorleget er yme dy vor- clage. Volkumet er siner clage, yener muz ym wetten und busen; und mac dy sache czu desim nicht weder ge- clagen, sint er bewist hat dy notwere. — Derjenige also, welcher den Angriff erlitten hatte, klagt, beweist die ihm zuge- fügte Verletzung und erhält die für diese Verletzung bestimmte Buße. Dagegen darf der Verklagte die in Folge der Nothwehr ihm zugefügte Verletzung nicht weiter zum Gegenstande einer Klage machen, weil eben die Nothwehr als Veranlassung dieser Verletzung bewiesen worden ist.

Nur eine einzige Ausnahme von dem eben Gesagten findet sich in dem Verm. Ssp., nämlich die, daß, wenn die Nothwehr zu einer Kampfwunde geführt hat, für dieselbe das Wehrgeld zu zahlen ist. Der daraus hervorgehende Rechtsanspruch kann durch den Beweis der Nothwehr nicht beseitigt werden; vielmehr wird der Verklagte nach Beendigung des Vorprocesses noch berechtigt sein, im Nachprocesse das ihm gebührende Wergeld einzuklagen. Aber auch diese Ausnahme ist, wie schon erwähnt, nur auf den Verm. Ssp. zu beschränken.

Wir können also, nachdem diese Ausnahme erwähnt ist, zu dem regelmäßigen Gange des Verfahrens zurückkehren. Die Vor- klage, so sahen wir, welche der Angegriffene durch den Beweis der Nothwehr sich erstritt, erwarb demselben nicht nur die erste, son- dern auch die einzige Klage. Diese Klage ist nun noch durch die Anführung zu specialisiren, daß es eine Klage auf hanthafte That war. Dahin deutet die ganz allgemein vorkommende Erwähnung des Gerüftes, die zum Beweise der Nothwehr bei Gericht gegen- wärtigen Schreileute, welche, indem sie die Nothwehr bezeugen, zugleich die Widerrechtlichkeit des stattgehabten Angriffes und die Unrechtmäßigkeit der dem Angegriffenen zugefügten Verletzung dar- thun; es deutet darauf endlich der Ausdruck wenigstens einer

Quellenstelle hin, nämlich des Breslauer Rechts 1261 §. 53, woselbst es heißt: . . . die ander an deme der vriede erst gebrochen wart. kome na vnd klage des selben tages in der hanthaften tat. vnd bewise die not . . .[44]).

Die eigenthümlichen Momente, welche das Verfahren durch die Nothwehr erhält, reichen nur bis zu dem Punkte, wo der Angegriffene nach dem Beweise der Nothwehr sich die Vorklage erstritten, und demgemäß die von dem Angreifer erlittene Verletzung mit der Klage auf hanthafte That gerichtlich geltend gemacht hatte. — Von diesem Zeitpunkte an findet das regelmäßige Verfahren bei Klagen auf hanthafte That statt, welches hier nicht näher ausgeführt werden kann.

Aber dieses ganze so eben beschriebene Verfahren findet nur dann statt, wenn durch Erhebung des Gerüftes oder durch Anwendung einer den Wirkungen nach dem Gerüfte gleichstehenden Vorkehrung (vergl. oben S. 299 ff.) die Thatsache der stattgehabten Nothwehr zur allgemeinen, oder doch wenigstens innerhalb desselben Tages zur Kenntniß des Richters gebracht wurde. — Im entgegengesetzten Falle wurde die Nothwehr nicht berücksichtigt; faktisch mochte dieselbe immerhin stattgefunden haben, rechtlich lag nichts weiter vor, als Verletzungen, die unrechtmäßiger Weise entweder nur von einem, oder, wenn zwei sich gegenseitig verwundet hatten, in einem mit Bezug auf beide Theile ungerechten Kampfe begangen waren.

II. Auf einer anderen processualischen Grundlage beruht das Verfahren, wenn die Nothwehr zur Tödtung des Angreifers geführt hatte. — Es war nämlich nach dem älteren deutschen Processe gestattet, einen Friedbrecher zu tödten. Doch mußte dann derjenige, der dieses that, die Rechtmäßigkeit der Tödtung selb

---

44) Vergl. auch Ssp. II. 64 §. 2. 3, welche Stelle wenigstens eine sehr beachtenswerthe Analogie enthält.

sieben vor Gerichte bezeugen [45]). Erbot sich indessen ein Mage des Getödteten, die Unrechtmäßigkeit der an seinem Verwandten begangenen Tödtung mittelst Zweikampfes darzuthun, so mußte derjenige, der die Tödtung begangen hatte, sich auf dieses Beweismittel einlassen [46]). — Als eine straflose Tödtung wurde es auch angesehen, wenn jemand in Nothwehr einen andern getödtet hatte. — Wer dieses aber gethan hatte, konnte sich dem gerichtlichen Zweikampfe nicht entziehen, wenn einer der Verwandten des Getödteten das Vorhandensein der Nothwehr leugnete und die Widerrechtlichkeit der Tödtung durch Kampf darzuthun sich erbot [47]). — Es war indessen zu Gunsten desjenigen, der die Nothwehr ausübte, bestimmt, daß, falls er das Gerüfte erhob, oder für sich erheben ließ, oder dem Richter die in Nothwehr begangene Tödtung anzeigte und darauf, ehe einer der Verwandten die Klage gegen ihn erhob, in hanthafter That selbst gegen den Todten klagte, — daß er sich dann auf den Zweikampf nicht einzulassen, sondern nur die Nothwehr selbsieben darzuthun brauchte [48]).

Mag es zum Schluß dieses Abschnittes noch gestattet sein, auf die oben S. 316 bereits angedeutete Ansicht Levita's einzugehen. Den indirekten Gegenbeweis gegen dieselbe habe ich in der voraufgehenden Darstellung zu liefern versucht. Es scheinen mir zu einem direkten Gegenbeweise nur wenige Bemerkungen erforderlich.

Levita findet (S. 126) im Ssp. II. 14 §. 1 Folgendes ausgesprochen: „Der Todtschläger bleibt nach der That nicht bei dem Todten, er zeigt aber dieselbe dem Gerichte an, ehe die Verwandten

45) Ssp. II. 69.

46) Ssp. I. 64. I. 69. Richtsteig cap. 32 §. 10. Vergl. Sachße Beweisverfahren S. 240. 241. 246.

47) Ssp. II. 14 §. 2. Richtsteig cap. 32 §. 2.

48) Ssp. II. 14 §. 1. Gosl. Stat. S. 33. Z. 1. Verm. Ssp. IV. 6. 2. Ssp. II. 61 §. 3.

und Freunde des Erschlagenen gegen ihn Klage erheben, und beweist seine Nothwehr. Da mag ihm zwar Niemand an seinen Hals sprechen, weil er sich zu Recht erboten hat, ehe Jemand über ihn geklagt hat, allein er muß dennoch Wergeld und Wette zahlen, weil er nicht bei dem Todten geblieben ist. Nicht die Tödtung in rechter Nothwehr wird hier mit Wergeld und Wette gebüßt, sondern es ist nur in dieser Bestimmung jene alte, im alten fränkischen Recht so bedeutsame, Forderung (sin autem ista non adimpleverit, culpabilis judicetur, Lex Rib.), daß der Thäter beim Todten bleibe, um die Fehde mit den Verwandten aufzunehmen, nach dem Verschwinden des Fehderechtes als ein bedeutungsloses geschichtliches Ueberbleibsel stehen geblieben." — Also aus den Bestimmungen des alten fränkischen Rechts, namentlich der Rex Ribuariorum soll Ssp. II. 14 in ganz direkter Weise erklärt werden. Von vorne herein muß hier bemerkt werden, daß es bei dem Verhältniß, in welchem die Lex Rib. zum Ssp. steht, denn doch mehr als bedenklich erscheint, den Ssp. durch wörtliche Anführungen aus der Lex Rip. erklären zu wollen, so als ob der Ssp. nur gewissermaßen eine Uebersetzung des fränkischen Volksrechtes wäre! — Doch sehen wir zu, was denn diejenige Stelle der Lex Rib. sagt, auf welche sich Levita beruft. Es ist tit. 77. Dort heißt es: Coram testibus in quadrivio in clida eum (sc. hominem furbattudum) levare debet, et sic quadraginta seu quatuordecim noctes custodire, et tunc ante judicem in haraho conjuret, quod eum de vita forfactum interfecisset. Sin autem ista non adimpleverit, homicidii culpabilis judicetur. Aut si negaverit, cum legitimo numero juret, quod hoc non fecisset. — Der Inhalt dieser Stelle ist in der That kaum mißzuverstehen. Soll auf die Nothwehr als auf einen Entschuldigungsgrund der Tödtung Rücksicht genommen werden, so müssen bestimmte Formalitäten beobachtet worden sein, durch welche es verhindert wird, die begangene Tödtung zu verheimlichen, weder

vor den Verwandten des Getödteten — welche dann auch immerhin dem bei dem Todten Wachenden die Fehde anzukündigen Gelegenheit finden mögen — noch auch vor dem Richter. — Werden diese Formalitäten aber nicht beobachtet, so darf sich derjenige, der in Nothwehr tödtete, nicht auf diesen Umstand der Nothwehr berufen. Es wird gegen ihn die Klage wegen Mordes angestellt und er hat sich gegen dieselbe zu vertheidigen, ohne auf die Vergünstigungen, die aus der rechten Nothwehr für ihn gefolgt wären, sich berufen zu dürfen. Was beweist nun diese Stelle für die Wergeldszahlung des Ssp.? Gar nichts! Denn die Rechtsbücher sagen im Wesentlichen dasselbe wie tit. 77 der Lex Rib. Der einzige Unterschied liegt nur darin, daß die Formalitäten, welche die Rechtsbücher beobachtet wissen wollen, damit sich Jemand mit Erfolg auf Nothwehr berufen könne, andere sind, als die von der Lex Rib. geforderten. Die von dem älteren Rechte aufgestellten Formalitäten stehen im Zusammenhange mit der Erhebung des Gerüftes, mit dem freiwilligen Anstellen der Klage gegen den Angreifer; diese Bestimmungen, die wir nicht blos im Ssp., sondern in sämmtlichen norddeutschen Rechtsquellen finden, mögen in historischem Zusammenhange stehen mit Einrichtungen des älteren Rechtes, wie wir dieselben auch in der Lex Rib. aufgezeichnet finden; aber gerade das dem Ssp. und verm. Ssp. Eigenthümliche, die Zahlung des Wergeldes nach der Nothwehr wird durch die Worte der Lex Rib. nicht erklärt. Levita freilich ist der Ansicht, in den Worten sin autem ista non adimpleverit, culpabilis judicetur sei der Beweis enthalten, daß die Wergeldszahlung geleistet werde, weil der in Nothwehr Handelnde nicht bei dem Getödteten blieb. Diese Worte sind in die Levita'sche Exegese des Ssp. II. 14 §. 1 so hineingeschoben, daß man zu der Annahme veranlaßt wird, es bedeuteten auch in der Lex Rib. dieselben nichts anderes, als daß der Tödtende zur Zahlung des Wehrgeldes verurtheilt worden sei. Es muß nun aber wohl als ein unglücklicher Zufall be-

zeichnet werden, daß Levita aus der Lex Rib. nur die Worte culpabilis judicetur in seine Erklärung herübernahm, während er vollständig hätte schreiben müssen culpabilis homicidii judicetur. Die Lex Rib. verurtheilt wegen Mordes — falls der Angeklagte sich nicht vertheidigen konnte — nicht aber verurtheilt sie wegen nicht genügender Bewachung eines in Nothwehr Getödteten. Die Worte culpabilis homicidii judicetur werden in der Lex Rib. von demjenigen gesagt, der sich nicht auf Nothwehr berufen darf und sollen nach Levita's Ansicht die Verpflichtung zur Wergeldszahlung erklären, weche nur für denjenigen anerkannt wird, der nach den Bestimmungen des Ssp. ein Recht hatte, sich auf die Nothwehr zu berufen.

Und nun müssen wir noch weiter fragen: Wenn im Ssp. das Wergeld nach der Nothwehr deswegen gezahlt wird, weil der Tödtende nicht bei dem Getödteten blieb, wie erklärt sich denn die Wergeldszahlung, falls die Nothwehr nicht zur Tödtung, sondern nur zu einer Kampfwunde führte? In diesem Falle existirte ja überhaupt kein Getödteter. Oder soll etwa der Angegriffene, nachdem er durch eine Kampfwunde den Angreifer in die Flucht geschlagen, diesen noch immer weiter verfolgen, damit er ebenso bei dem Verwundeten bleibe, wie er angeblich fortdauernd bei dem Getödteten bleiben sollte? Unsinnig wäre zwar eine solche Bestimmung, aber es scheint doch, als ob man das Vorhandensein derselben annehmen müßte, wenn wirklich die Wergeldszahlung darin ihren Grund hätte, daß man nicht bei dem Verletzten blieb!

Wäre nun aber der in Nothwehr Handelnde bei dem Getödteten oder bei dem Verwundeten geblieben, so müßte er doch jedenfalls nach Levita's Ansicht von der Wergeldszahlung frei bleiben; denn diese wird ja nur deswegen verlangt, weil der Tödtende nicht bei dem Getödteten blieb. Auf diese Eventualität, daß jemand zur Vermeidung der Wergeldszahlung bei dem Getödteten blieb, hätte der Ssp. zweifellos Rücksicht genommen, voraus-

gesetzt, daß dieselbe von irgend welcher rechtlichen Bedeutsamkeit gewesen wäre. Die Wergeldszahlung bei Tödtung und Kampfwunden in Nothwehr begangen wird überall, ausnahmslos gefordert. Soll der Ssp. etwa auch fingirt haben, jemand sei nicht bei dem Todten geblieben, obwohl dieses der Fall war?

Mit einem Worte: Levita's Ansicht ist ganz und gar unhaltbar. Freilich hat derselbe die Genugthuung, daß schon eine ziemliche Anzahl gelehrter Juristen ihm beigestimmt haben[49]); aber gerade deswegen mußte auf die Haltlosigkeit derselben um so mehr aufmerksam gemacht werden.

Sechster Abschnitt.

---

§. 28.

Von dem Rückfall.

Eine frühere Bestrafung wird für den Angeklagten zunächst in processualischer Hinsicht nachtheilig, indem der schon früher Bestrafte durch seinen einfachen Eid sich nicht reinigen kann. So bestimmt Ssp. I. 39. De ir recht mit rove oder mit düve verloren hebbet, of man se düve oder roves anderwerve scüldeget, se ne mogen mit irme ede nicht unscüldich werden. Se hebbet drier kore: dat glogende isern to dragene, oder in

---

49) Siehe oben not. 25. Wie ich jetzt sehe, stimmt auch Hälschner System des Preußischen Strafrechts S. 245 not. 12 der „trefflichen Darstellung" Levita's bei. Dieser Umstand veranlaßte mich, meine schon niedergeschriebene Ansicht einer nochmaligen Prüfung zu unterziehen, wodurch ich denn freilich nur zu der Meinung gekommen bin, daß Hälschner doch mancherlei unbeachtet gelassen haben muß, wenn er die Levitasche Darstellung „trefflich" finden konnte.

enen wallenden ketel to gripene bit to dem ellenbogen, oder deme kempen sik to werene. — Dem Gottesurtheile oder Zweikampfe muß sich also der Dieb oder Räuber dann unterziehen, wenn er schon einmal wegen dieser Verbrechen bestraft worden ist[1]).

Als Straffchärfungsgrund wird die frühere Bestrafung wirksam bei dem Diebstahl, mit welchem der Raub wohl auch ohne ausdrückliches Quellenzeugniß wegen Ssp. I. 39 zusammengestellt werden kann, bei der Hehlerei, bei der Injurie.

Für den Diebstahl führe ich als Beweis an: Friderici I conventus Brixiae (1158) (Pertz l. c. S. 108) cap. 9. Si servus furtum fecerit, et in furto fuerit deprehensus, si prius fur non erat, non ideo suspendetur, sed tondebitur, verberabitur, et in maxilla comburetur, et eiicietur de exercitu, nisi dominus redimat eum cum omni suo barnasch. Si prius fur erat, suspendetur. — Die Straffchärfung besteht also darin, daß statt der Strafe an Haut und Haar in Verbindung mit den entehrenden Strafen jetzt bei der neuen Verurtheilung die Todesstrafe eintritt. — Für die Hehlerei wäre anzuführen: Friderici II const. pacis (1235) cap. 14. (Pertz l. c. S. 317) De emtoribus rei predate vel furtive.... Statuimus itaque, ut quicumque scienter emerit rem predatam vel furtivam, vel hospes fuerit, id est scienter receptor non proscriptorum predonum aut furum, si de hoc legitime semel convictus fuerit, domino cujus res erat solvat in duplum. Si secundo con-

1) Zu bemerken ist dabei, daß das Rigische Ridderrecht (Ausgabe von Oelrichs. Bremen 1773) cap. 131, welche Stelle zweifellos dem Ssp. II. 13 nachgebildet ist, ebenfalls eine Bestimmung über den Einfluß des Rückfalles auf den Beweis enthält, welche darin von dem Ssp. I. 39 abweicht, daß zwischen erstem und zweitem Rückfall unterschieden wird, falls ein Kranker — ein seker man — der Angeklagte ist. Bei dem ersten Rückfall soll er sick sulff ander entseggen up den hilligen. Erst bei dem zweiten Rückfall wird er auf das Gottesurtheil des glühenden Eisens angewiesen. Diesem unterliegt entsprechend dem Ssp. I. 39 der Gesunde schon bei dem ersten Rückfall.

victus fuerit hoc fecisse, si res predata fuerit, tanquam predo, si furtiva tanquam fur puniatur.

Es äußert sich also der strafschärfende Einfluß der voraufgegangenen Verurtheilung darin, daß der Satz: der Hehler wird ebenso wie der Dieb gestraft — erst dann zur Geltung gelangt, wenn der Hehler zum zweitenmale wegen Hehlerei gestraft wird. — Diese Bestimmung muß allerdings für das norddeutsche Strafrecht als eine Anomalie bezeichnet werden, weil dasselbe die gelindere Bestrafung des Hehlers nicht anerkennt. (Siehe oben S. 255.) Aber wir können aus diesem Reichsgesetz entnehmen, daß man auch in Norddeutschland die frühere Bestrafung als Strafschärfungsgrund bei der Hehlerei angenommen hat und unter Mitbenutzung des Satzes: wie der Hehler, so der Stehler — können wir für Norddeutschland zweifellos behaupten, daß derselbe Einfluß, den die frühere Bestrafung auf den Diebstahl äußerte, auch bei der Hehlerei zur Geltung gekommen sein werde.

Als Beweis für den strafschärfenden Einfluß bei Injurien führe ich an: B r e m e r R e c h t Antiqua 1303 (O e l r i c h s S. 38). (Wiederholt ist die Stelle Antiqua 1428 cap. 19. O e l r i c h s S. 387). So wur en borghere enen anderen borger spric in sin ere also dhat [he] ene hirgensone hed. wert he dhes vortucht mit twen borgheren umbesproken eres rechtes dhe scal gheven der stat ene halve marc Sprich he eme vorthere an sine ere. unde wert he des vortucht also hir vorbescreven is he scal gheven ther stat ene marc. — Also die frühere Bestrafung bewirkt, daß jetzt das Doppelte derjenigen Geldstrafe gezahlt werden muß, welche für die erste Injurie bestimmt ist.

In diesen bisher angeführten Beispielen hatte die frühere Bestrafung wegen des g l e i c h e n Verbrechens stattgefunden. Dieses Moment verlangen wir auch nach unsern heutigen Rechtsanschauungen zur Begründung des Rückfalles; aber einzelnen Quellenstellen gegenüber wird es zweifelhaft, ob nicht das ältere deutsche

Recht den strafschärfenden Einfluß der früheren Bestrafung noch weiter und zwar in der Weise ausgedehnt hat, daß nicht blos die frühere Bestrafung wegen des gleichen Verbrechens, sondern überhaupt jede frühere Bestrafung als Strafschärfungsmoment aufgefaßt wurde. Diese eben angedeuteten Stellen gehören mit Ausnahme einer Bestimmung des Stadtrechts von Leobschütz §. 47 (vergl. Gengler S. 249) — Si vero fur antea fuit infamis, suspendatur — den Goslarer Statuten an[2]). — In denselben wird nämlich entsprechend den sonstigen Bestimmungen des norddeutschen Rechts die Todesstrafe für den kleinen Diebstahl ausgeschlossen, it ne si dat he (nämlich der Dieb) vore ok besproken si (S. 37. Z. 11) — it ne si dat he anröchtich si oder dat he teken an sik hebbe dat misdadighe lüde plegbet to hebbene (S. 38. Z. 9) — in diesen Fällen soll man den eines kleinen Diebstahls Schuldigen hängen. Ausführlicher sind die Gründe, welche auch für den kleinen Diebstahl Todesstrafe bedingen können, angeführt: Gosl. Stat. S. 37. Z. 15. Wert en büdelsnidere begrepen mit minnerer dat denne vif schillinghe wert, de enes dumen oder der oren nicht ne hevet oder dor de tene ghebrant is oder sodane tekene de misdadighe lüde pleghet to hebbende an sich hevet, oder dat man van ime bi warheyt wiste dat he misdedich were oder hedde ghewesen, dene scal men henghen.

Es kann nun zwar nicht in Abrede gestellt werden, daß die hier angegebenen Kennzeichen früherer Bestrafung auch die Folgen des vorher begangenen gleichen Verbrechens, des Diebstahls, sein können, und so bezieht auch Köstlin[3]) diese Stellen lediglich auf die Rückfälligkeit des Diebes. Aber es ist doch gegen diese An-

---

2) Eine derselben, nämlich Gosl. Stat. S. 37. Z. 15 ff. ist wiederholt Verm. Ssp. IV. 9. 9.

3) In der kritischen Ueberschau, München 1856 (3. Bd.) S. 196.

nahme darauf hinzuweisen, daß die so eben erwähnten Folgen einer früheren Bestrafung keinesweges blos auf den Diebstahl beschränkt sind, sondern bei vielen andern Verbrechen ebenfalls eintreten[4]). — Aus diesem Grunde wäre Veranlassung genug gewesen, den strafschärfenden Einfluß der früheren Bestrafung auf dasselbe Verbrechen zu beschränken, wenn dieses in der Intention der Quellen gelegen hätte. Da nun eine solche Beschränkung nicht stattgefunden hat, so sind wir genöthigt, den strafschärfenden Einfluß auf alle früheren entehrenden Bestrafungen auszudehnen.

Das bisher angeführte Material berechtigt uns ausdrücklich nur dazu, der voraufgegangenen Bestrafung einen strafschärfenden Einfluß nur für die Bestrafung der einzelnen, oben genannten, Verbrechen einzuräumen. — Doch, glaube ich, würde man nicht gegen den Geist der älteren Quellen verstoßen, wenn man dem Rückfall eine weitere Wirksamkeit zuerkennt, als dies ausdrücklich in den Quellen geschehen ist. Die besonders genannten Verbrechen sind zweifellos diejenigen, bei welchen der Rückfall am häufigsten vorkommt, und diesem Umstande mag es zuzuschreiben sein, daß die strafschärfende Wirkung des Rückfalls, im engeren und weiteren Sinne des Wortes, eben nur bei diesen Verbrechen ausdrücklich erwähnt worden ist.

---

4) So ist beispielsweise Ehrlosigkeit die Folge nicht blos des Diebstahls, sondern überhaupt aller derjenigen Verbrechen, die mit einer Strafe an Hals und Haud gestraft werden wenn diese Strafe abgelöst worden ist. (Ssp. I. 65 §. 2. 3. Verm. Ssp. IV. 17. 10). Dasselbe ist der Fall, wenn Haut und Haar gelöst wird (Ssp. II. 13 §. 1. Weichbild art. 44 §. 1. 2. Gosl. Stat. S. 93. Z. 10 bedingen dasselbe für die Fälschung). Meineid bedingt Ehrlosigkeit (Verm. Ssp. IV. 46. 12. Gosl. Stat. S. 93. Z. 5. Kulm III. 48. Magdeb. Fr. I. 2. 16.). Verleitung zum falschen Zeugnisse (Verm. Ssp. IV. 47. 13). Vergl. auch den Fall: Verm. Ssp. III. 17. 3. — Es kam mir nur darauf an, Beispiele dafür zu geben, daß beispielsweise die Anrüchigkeit eines Verbrechers nicht alleinige Folge des Diebstahls zu sein brauchte.

5) Dieser Ansicht ist auch Göschen Gosl. Stat. S. 309. not. 7.

Für ein Verbrechen, nämlich für die Münzfälschung, bedingt eine frühere Bestrafung Präsumtion in der Weise, daß der Besitz falscher Münzen seitens eines schon bestraften Menschen für diesen eine verstümmelnde Strafe bewirkt, während ein noch nicht bestrafter unter gleichen Umständen frei von Strafe bleibt. Ssp. II. 26 §. 2 bestimmt: Sve sin recht verworcht hevet mit düve oder mit rove, vint man under ime virdehalven penning, it gat ime an die hant, he ne moge'z geweren hebben. — (Dieselbe Bestimmung wiederholt Verm. Ssp. IV. 17. 7.) — Sve an sime rechte vulkomen is, vint man bi eme enen schilling valscher penninge, die penninge hevet he verloren unde nicht mer. Hevet he aver mer, it gat ime an die hant, he ne moge'z geweren hebben. — Also bei demjenigen, der schon verurtheilt war, bewirkt der bloße Besitz falscher Pfennige schon dann die Vermuthung für den unredlichen Erwerb derselben, wenn der Betrag auch nur so unbedeutend ist, daß bei einem unverleumdeten Menschen daraus noch nicht auf den unredlichen Erwerb geschlossen werden darf[6]). — In dem Gosl. Stat. S. 37. Z. 23 wirkt ohne irgend eine Vorbestrafung die bloße Wiederholung einer verdächtigenden Thatsache eine Rechtsvermuthung gegen den Verdächtigen. Wenn nämlich ein Goslärer Bürger im Besitze falscher Pfennige gefunden wird, auch seinen Geweren nicht bezeichnen kann, — so scal he sweren dat he an den penninghen nicht valsches ne wiste to nemende unde to ghevende: so scal men se tosniden unde eme wedergheven. Dat ne scal nicht dikkere gheschen an emme man denne to dren malen; scüt it ime to deme verden male, so is he des valsches overwunnen unde men scal over ene richten also over enne velschere. Also die bloße Wiederholung der indicirenden Thatsache bedingt einen zur Verurtheilung ausreichenden Beweis, während

6) Dieselbe Bestimmung findet sich Gosl. Stat. S. 37. Z. 40.

das einmalige Vorkommen derselben nur ein durch einfachen Reinigungseid zu widerlegendes Indicium abgiebt.

In einem nahen Zusammenhange mit der eben erwähnten steht noch folgende Stelle des Gosl. Stat. (S. 37. Z. 33). Werdet under deme müntere valsche penninghe ghevunden dar he se ut ghift, ne mach he dene nicht hebben de se ime ghegheven heft, so scal men umme dat valsch over ine richten, unde hevet sine hant vorlorn, he ne moghe an deme gherichte gnade vinden dat he se löse. De gnade ne scal ime nicht dickere gheschen denne enes. Gewissermaßen ein Zugeständniß, daß die Vermuthung, welche aus dem Besitze der falschen Pfennige gegen den Münzmeister entsteht, eine trügerische sein kann. Man gestattet daher dem Rath das Recht der Begnadigung, aber nur für das erste mal. Wiederholt sich die Thatsache, daß bei dem Münzer falsche Pfennige gefunden werden, so soll jetzt das Indicium nicht mehr ein trügerisches sein. Die Begnadigung darf nicht mehr gewährt werden.

Siebenter Abschnitt.

§. 29.

Von der Begnadigung — (arbiträre Strafen).

Durch frühere Forschungen ist hinsichtlich des Begnadigungsrechtes bereits Folgendes festgestellt worden. Zunächst die Thatsache, daß zur Zeit der Rechtsbücher ein Begnadigungsrecht existirte[1]; ferner, daß der Richter, welcher die Strafe bestimmte,

1) Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. Thl. II. §. 380. Hälschner Geschichte des Brandenburg-Preußischen Strafrechts. S. 44. 45. Derselbe System des preußischen Strafrechts. S. 545. 546.

auch das Begnadigungsrecht auszuüben befugt war. Endlich ist auch die historische Entwickelung, welche das Begnadigungsrecht genommen hat, namentlich für Norddeutschland in so treffender Weise dargestellt, daß im Wesentlichen die rechtshistorischen Untersuchungen über diese Materie als abgeschlossen betrachtet werden können[2]).

Meine Darstellung kann sich daher darauf beschränken, auf einen, wie ich glaube, bisher nicht beachteten Umstand aufmerksam zu machen, welcher das bisher Bekannte vielleicht nach einer Richtung hin etwas vervollständigen dürfte.

Diejenigen Strafen nämlich, welche auf allgemeinen Rechtsgewohnheiten beruhen, sind fast durchgängig absolut bestimmte Strafen. Neben diesen finden wir aber auch in unsern Quellen absolut unbestimmte Strafen erwähnt. Diese letzteren sind noch einer näheren Prüfung zu unterziehen. Die wichtigste hier anzuführende Quellenstelle findet sich Magdeb. Fr. I. 1. 10 und 11. „Ob die Rathmane einer Stadt Wilköre mügen setzen vnd machen nach der Stadt nutz, mit wissenschafft jhrer Gemein, ohn Wissen vnd thun des Burggraffen, oder jhres öbersten herren. Hierauff sprechen wir für Recht, die Bürger mügen wol wieder Wilkör setzen mit jhrer witzigsten Bürger rath zu der Stadt nutz, ohn jhres öbersten Herrn rath vnd wissen, also die wieder das gemein beschrieben Recht nicht sey. Bey pfenning buß, oder bey anderm gezwange, aber nicht bei hals oder hant von Rechtes wegen.“ — Aus Dist. 11 führe ich an: .... sie mögen wilköre setzen bei buß, also, wer der Stadt gebot vbertrit, das der kein Bürger mehr sein soll, oder soll weichen aus der Stadt ein jar oder zwey, oder zu geben zehen marck. Auch mögen sie darnach die Wilköre mit der witzigsten Rath ablegen, oder wandeln, nach jhrer Bequemlichkeit, ohn volwort jhres Burggraffen mit Recht. Auch mögen sie vbrige hoffart jhrer Bürger, Man, Frawen, Knecht und Megdt wol

2) Hälschner Geschichte rc. S. 51. 52. 53 und die angeführte Stelle des Systems.

setzen, vnnd wilkör darauff setzen mit der witzigsten Rat, bey pfennig buß oder bey anderm gezwang, die an hals oder hant nicht gehen, ohn volwort des Burggraffen .... Auch mögen sie wilkör setzen auff Geste, die jhr kauffmanschatz treiben in der Bürger Schaden. Auch mögen sie verbieten falschen kauffmanschatz, vnd buß darauff setzen, als weichen aus der Stadt, oder bey zehen Marcken, minder oder mehr, wenn das beschrieben Recht außweiset, das man felscher richten soll, sondern volwort des Burggraffen mit Recht. Auch was die Bürger vnd Rathmanne geloben mit einer Gemein volwort auff jhre Bürger, oder was man lediget oder spricht in einem sitzenden Rath, das soll man halten bey dem gelübte, das sie darauf gesetzt haben, vnnd das mögen sie richten im sitzenden Rath, vnnd halten auff jhre Bürger mit jhrem Eydt, vnnd anders nirgent. Das sprechen wir Schöpffen zu Magdeburg für eine Burgköre, vnnd nicht für ein Recht, Vnnd wenn sie denn Burgkör fordern zu jhrem Burggraffen, daran hat die Herrschafft nicht, vnd bricht ein Man gegen der Burgkör, das man gelobt zu dem Gebawrding, das sollen die Rathmanne fordern von der Stadt, vnd bedörffen da keines andern Richters zu."

Diese Stellen sind zum Ausgangspunkte der folgenden Betrachtungen zu nehmen.

Es ergiebt sich daraus, daß ein Gegensatz gemacht wird zwischen der Willkühr, welche die Stadt festsetzt, und dem s. g. „beschriebenen" Recht, worunter hier im Wesentlichen nichts weiter zu verstehen ist, als Aufzeichnungen allgemein geltender Gewohnheiten. — Die Willkühr aber beruht auf dem Rechtsgrunde der städtischen Autonomie. Diese wird ausdrücklich anerkannt für diejenigen Städte, die nach Magdeburgischem Rechte leben; es ist aber zweifellos, daß dieselbe auch für andere norddeutsche Städte bestanden hat[3]).

3) Vergl. mit Bezug auf Goslar: Gosl. Stat. S. 37. Z. 21. S. 88.

Dieses Recht der Autonomie bezieht sich nun aber nicht auf alle Verhältnisse, aus denen möglicherweise Strafrechte entstehen können, sondern es sind diejenigen Straffälle, welche in Folge der Autonomie durch arbiträre Strafen geahndet werden, wenigstens ihren allgemeinen Kategorieen nach in den Quellen besonders bezeichnet. — Sodann ist auch die Größe der möglicherweise zu bestimmenden Strafe beschränkt.

In letzterer Beziehung ist nämlich darauf aufmerksam zu machen, daß wenigstens eine negative Bestimmung ganz ausdrücklich in den Quellen ausgesprochen ist, nämlich die, daß arbiträre Strafen niemals an Hals und Hand gehen dürfen. Die positiven Bestimmungen dagegen sind weniger präcise gefaßt, doch dürfte so viel feststehen, daß Geldzahlungen, die Strafe der Verbannung aus der Stadt, die am häufigsten benutzten Strafmittel gewesen sein mögen. Die Höhe der Geldzahlungen, die Dauer der Verbannung wurde dann mit Rücksicht auf den konkreten Fall von dem städtischen Richter festgesetzt.

Was sodann die mittelst der arbiträren Strafen zu ahndenden Rechtsverletzungen anbetrifft, so sind es, wie dieses schon aus den mitgetheilten Stellen der Magdeb. Fragen hervorgeht, im Allgemeinen solche, durch welche speciell städtische Interessen verletzt werden. — Im Einzelnen dürften sich folgende anführen lassen:

1) Fälschung von Maß, Gewicht und Verkaufsgegenständen, namentlich mit Bezug auf den Marktverkehr in einer Stadt[4]).

2) Verletzung der öffentlichen Ruhe und Ordnung durch Schlägereien, Scheltworte u. s. w.[5]).

Z. 27. Für Lübeck: Lübisches Recht III. 142. Für Hamburg: Hamburger Recht 1292. P. 15.

4) Breslauer Recht 1261 §. 5. Görlitzer Recht 1304 art. 2. Kulm I. 10. 11. Gosl. Stat. S. 37. Z. 21. S. 88. Z. 27. S. 88. Z. 36. Lübisches Recht II. 208.

5) Böhme Schöffenurtheile S. 115. al. 6. Gosl. Stat. S. 48. Z. 22.

3) Verletzung der Sittlichkeit, Unzuchtsverbrechen leichterer Art[6]).

4) Umgehung der Verpflichtung zur Steuerzahlung[7]).

5) Verrath gegen die städtische Obrigkeit und gegen die städtischen Freiheiten[8]).

Es ist allerdings mit Bezug auf die Vollständigkeit der Aufzählung leicht denkbar, daß auch noch in anderen Fällen arbiträr gestraft sein mag. Jedenfalls genügen aber die vorher genannten, um den allgemeinen Charakter dieser Rechtsverletzungen zu bezeichnen.

Das für diese Darstellung Bemerkenswerthe besteht aber darin, daß in Folge ihrer Autonomie in strafrechtlichen Dingen den Städten selbständige Strafrechte — in subjektiver Hinsicht — entstanden. — So oft beispielsweise jemand bei dem Verkaufe von Lebensmitteln sich einer Fälschung schuldig machte, entstand, abgesehen von den etwaigen Ansprüchen des Beschädigten, der Stadt ein strafrechtlicher Anspruch. Der letzte Rechtsgrund dieses Strafrechts beruhte auf der städtischen Autonomie und stand in Folge dessen ganz unabhängig da von jeder anderen, etwa durch landesherrliche Behörden repräsentirten Rechtsordnung. — Indem die Stadt auf Grund ihrer autonomischen Befugnisse ihre willkührlichen Strafen erkannte, machte sie nur ihr eigenes Strafrecht geltend. Aber eben weil dieses der Fall war, konnte die Stadt auch zweifellos auf die Geltendmachung ihres Rechtes verzichten, d. h. in Uebertretungsfällen der angedeuteten Art den Thäter unbestraft

---

S. 49. Z. 6. Lübisches Recht I. 84. II. 48. III. 31. Hamburger Recht 1292 P. 15.

6) Gosl. Stat. S. 42. Z. 34. Hamburger Recht 1292 M. 27. 28. 30. — 1497 M. 2. 17. 18.

7) Weisthum Lauenstein §. 35. (Grimm Weisthümer Bd. III. S. 274.

8) Böhme Schöffenurtheile S. 135 al. 2. Magdeb. Fr. I. 1. 14. I. 1. 15.

lassen, ihn begnadigen. — Dieses Recht, Gnade zu gewähren, ist den Städten in derselben Ausdehnung unbestritten anerkannt worden als ihr Recht der Autonomie reichte[9]) — und wenn auch hin und wieder das Begnadigungsrecht ausgeschlossen wird[10]), so ist darin nichts weiter zu erkennen als eine freiwillige Beschränkung, welche die Städte sich selbst auferlegen, für welche jedoch irgend ein zwingender Grund nicht vorhanden war.

Den Gegensatz zu dem auf Autonomie beruhenden Strafrecht bildet das „gemein beschriebene Recht", unter welchem, wie schon oben erwähnt wurde, nichts Anderes verstanden werden kann, als das allgemein geltende Gewohnheitsrecht, vielleicht hin und wieder auch eine gesetzliche Strafnorm. Dieses gemeine Recht gewährt strafrechtliche Ansprüche dem Landesherrn. Ein Zweifel könnte nicht entstehen, daß auch der Landesherr auf die Geltendmachung der ihm aus dem „gemeinen beschrieben Recht" zustehenden strafrechtlichen Ansprüche verzichten dürfe, so lange er selbst die Gerichtsbarkeit ausübt. — Zweifel entstehen erst, wenn die Ausübung des Rechts durch Uebertragung der Gerichtsbarkeit andern physischen und juristischen Personen anvertraut ist. In diesem Falle sind zwei Auffassungen denkbar. Entweder ist mit der Ausübung des Rechtes auch die Befugniß übertragen, auf die Geltendmachung des Rechtes zu verzichten, in welchem Falle der Richter auch das Begnadigungsrecht geltend zu machen hätte; oder es ist die Thätigkeit dessen, dem die Gerichtsbarkeit übertragen wurde, lediglich auf die Geltendmachung des Rechtes beschränkt, während der Landesherr selbst das Recht des Verzichtes sich vorbehält. Nach dieser letzteren Auffassung würde der Landesherr allein die Begnadigung aussprechen dürfen.

---

9) Die Beweisstellen für das eben Gesagte siehe in not. 4—8. — Auch Magdeb. Fr. I. 1. 11. gehört hieher.

10) z. B. Bremisches Recht Antiqua 1303. S. 16. Nova 1433. S. 498. Vergl. auch oben S. 344.

Daß man sich zur Zeit der Rechtsbücher dieser beiden Auffassungen bewußt geworden ist, zeigt das nicht seltene Vorkommen von Streitigkeiten zwischen Gerichten und Landesherrn über die Ausübung des Begnadigungsrechtes [11]. — Bekannt ist es, daß damals diejenige Ansicht für die richtige gehalten wurde, nach welcher das Begnadigungsrecht als ein Attribut der Gerichtsbarkeit aufgefaßt wurde, und daß erst später die andere, noch heute anerkannte Anschauung zur Geltung gelangte [12].

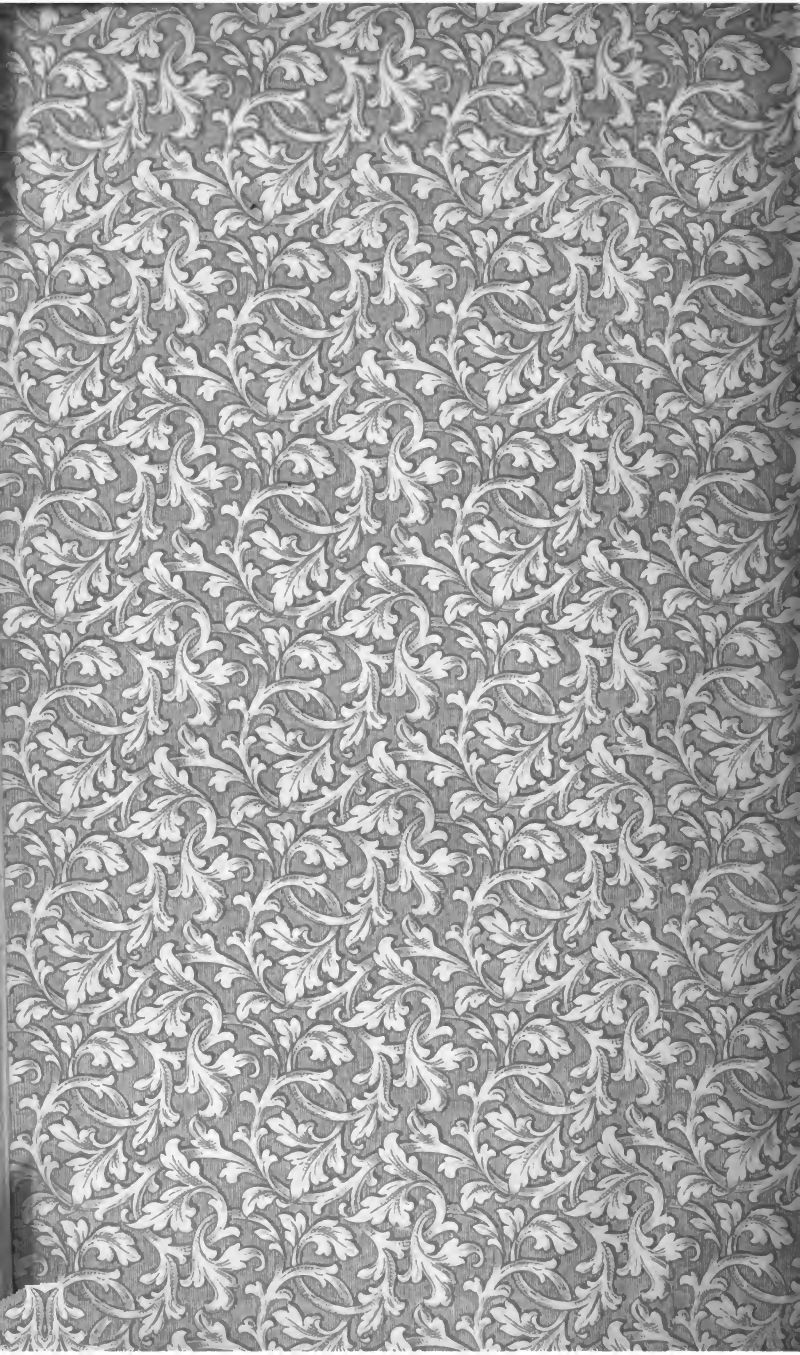
Auf die strafrechtlichen Ansprüche, welche den verletzten Privatpersonen aus den gegen sie begangenen Verbrechen entstanden, konnte natürlich weder das Begnadigungsrecht des Richters noch auch das des Landesherrn einen nachtheiligen Einfluß äußern. Aber der Verletzte konnte selbst auf die Geltendmachung des ihm zustehenden Strafrechts verzichten, wie er es heute noch hinsichtlich des Civilanspruches thun darf, und so auch seinerseits ein gewisses Begnadigungsrecht ausüben.

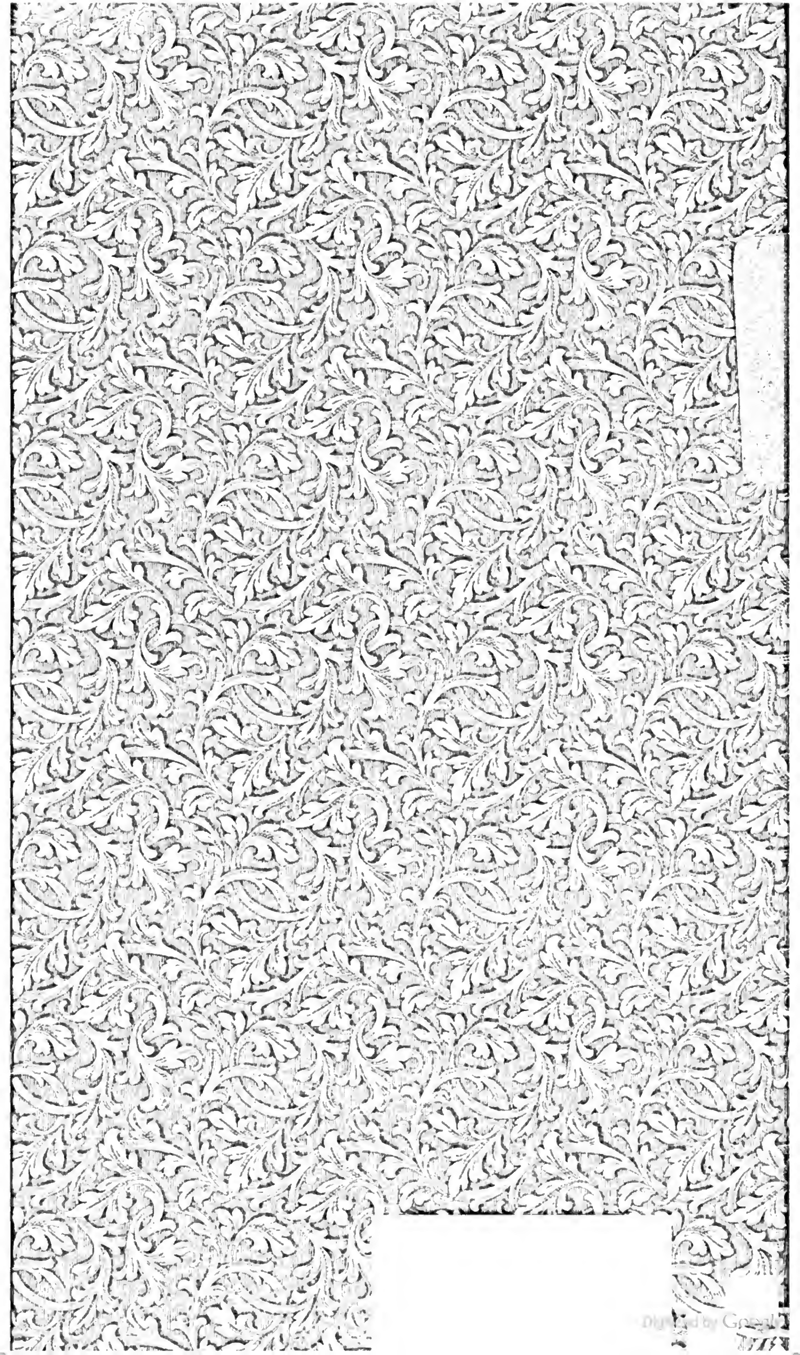
---

11) Magdeb. Fr. I. 2. 24. I. 2. 26. Böhme Schöffensrp. S. 94. al. 3. 4. Kulm III 56. 57. Magdeburger Urtheil nach Kulm (in einer Handschrift der Wallenrodtschen Bibliothek) No. XXXIX. (Homeyer Handschriften-Verzeichniß No. 366.)

12) Hälschner Geschichte des Brandenburgisch-Preußischen Strafrechts. S. 52. 53.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.






Digitized by Google